

فقه اهل بیت

۷۵-۷۶

سال نوزدهم
پاییز و زمستان ۱۳۹۲



● صاحب امتیاز و مدیر مسئول: سید محمود هاشمی شاهرودی

● سردبیر: عبدالرضا ایزدپناه

● هیئت تحریریه: عبدالرضا ایزدپناه، سیدمرتضی نقوی، محمد زروندی رحمانی،

سیدعباس صالحی، احمد مبلغی، رضا مختاری، محمدحسن نجفی

● مدیر داخلی: سیدشهاب لاجوردی

.....
فصلنامه تخصصی فقه اهل بیت (ع) از طریق سایت های ذیل به صورت تمام متن قابل دسترسی است:

www.afiqh.org

www.SID.ir

www.magiran.com

www.noormags.com

.....

نشانی:

قم، صندوق پستی ۵۵۹ / ۳۷۱۸۵

تلفن امور مشترکین: ۰۲۵-۳۷۷۴۴۳۸۸

نمابر: ۰۲۵-۳۷۷۴۴۹۶۳

همراه: ۰۹۱۲۲۵۲۰۷۹۶

حوزه پژوهشی مجله:

- مسائل مستحدثه فقهی؛ تبیین اجتهادی مسائل جدید.
- موضوع شناسی فقهی؛ شناسایی و تحلیل موضوعات جدید و طرح آنها در محافل فقهی برای بسترسازی ذهنی فقه پژوهان و پرداختن به موضوعات جدید.
- طرح دیدگاههای نو در دانش اصول و دیگر علوم مرتبط با فقه.
- مطالعه تطبیقی مکتب فقهی اهل بیت (ع) با دیگر مذاهب و مکاتب فقهی.
- مطالعه تطبیقی ساختارها و دیدگاههای حقوقی، اقتصادی، سیاسی و اجتماعی فقه با دانشهای مشابه.
- تاریخ فقه و فقها و مکاتب فقهی.
- اطلاع رسانی در حوزه پژوهشهای فقهی، مراکز و مؤسسات فقهی، نرم افزارهای فقهی و ...

.....

یادآوری:

- مجله در حوزه مسائل مستحدثه، از مقالات اجتهادی فقها و در سایر حوزه ها، از مقالات فضیلاي حوزه و دانشگاه در صورت برخورداری از موازین علمی و پژوهشی، استقبال می کند.
- مجله در ویرایش و تلخیص نوشته ها آزاد است.
- مسئولیت مقالات برعهده نویسندگان است.
- نقل مطالب فصلنامه با ذکر مأخذ، مجاز است.
- مقالات ارسالی بازپس فرستاده نمی شود.

.....

راهنمای تهیه و پذیرش مقالات:

۱. درج نام و نام خانوادگی، میزان تحصیلات، رتبه علمی، نشانی، پست الکترونیکی و شماره تلفن نویسنده، ضروری است. (مقاله ارسالی در صورت تأیید یا عدم تأیید، مسترد نمی شود).
۲. مقالات به صورت تایپ شده همراه با لوح فشرده (CD) آن ارسال و یا به پست الکترونیکی مجله ارسال شود.

۳. مقاله ارسالی نباید در هیچ نشریه داخلی و خارجی چاپ و یا همزمان به مجله دیگری ارسال شده باشد.
۴. مقاله باید به لحاظ نوآوری و انسجام منطقی و قوت استدلال و شیوه نگارش و ارجاع به منابع دست اول، نصاب علمی لازم را در سطح مقالات منتشر شده در مجله فقه اهل بیت (ع) داشته باشد و با ساختار زیر ارائه شود:

۱- ۴- عنوان، گویا و متناسب با محتوای مقاله.

۲- ۴- چکیده بحث در حداکثر ۲۵۰ کلمه.

۳- ۴- کلید واژه ها بین ۳ تا ۷ کلمه به منظور تسهیل در جستجوی الکترونیکی.

۴- ۴- متن اصلی مقاله که متضمن تحلیل مستند و مستدل موضوع مقاله است.

۵- ۴- نتیجه.

۶- ۴- کتاب شناسی الفبایی با ترتیب ذیل:

نام مشهور نویسنده، نام اصلی نویسنده، نام کتاب، جلد، شهر محل چاپ، ناشر، نوبت چاپ و سال انتشار.

در مورد مقالات به جای نام و مشخصات کتاب باید عنوان کامل مقاله و نام نشریه و شماره و سال آن درج شود.

۵- ارجاعات و توضیحات و عبارات لاتین در پاورقی آورده شود.

.....

شیوه بررسی و چاپ مقالات:

۱. مقالات رسیده، نخست توسط سردبیر بررسی می شوند و در صورت تناسب با موضوع فصلنامه برای ارزیابی به هیئت تحریریه ارسال می شوند.

۲. هیئت تحریریه در رد یا قبول و نیز اصلاح مقالات آزاد است.

۳. مسئولیت مطالب مندرج در هر مقاله بر عهده نویسنده است.

۴. حق چاپ پس از پذیرش برای فصلنامه محفوظ است.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



فهرست مطالب

معاطات و اثر معاملی آن.....	آیت الله سیدکاظم حائری / ۵
گفتاری در عقلانیت قصاص.....	رسول مزروعی / ۲۴
مجازات اسیدپاشی.....	حسینعلی بای / ۸۷
مبانی فقهی مجازات تکرار جرم در جرایم مستوجب حد.....	حجت الله فتاحی / ۱۳۸
مقایسه ای تحلیلی میان دو روش اجتهادی متفاوت.....	مهدی برزگر / ۱۵۸
اهداف اجرای حدود و تعزیرات در کلام فقها و سازوکار حل تلافی آن... علی غلامی؛ حسین آقایی میبدی / ۱۹۳	
بررسی فقهی موضوع شناسی حرز در سرقت از دیدگاه فقهای امامیه... سیدمجتبی حسین نژاد / ۲۲۵	
آثار فقهی شیعه در عصر حضور معصومان(ع).....	مسعود امامی / ۲۶۲
مطالعه تطبیقی دیدگاه حقوقی اروپایی با دیدگاه حقوقی اسلامی... علی قربانی؛ جعفر موحدی / ۲۹۶	
چکیده عربی مقالات.....	/ ۳۳۱

معاطات و اثر معاملی آن*

○ سید کاظم حائری

چکیده

در این مقاله پس از بیان اینکه معاطات عقدی عقلانی است که مبرز آن فعل است، ابتدا ادله صحت معاطات و سپس ادله بطلان آن بررسی شده و پس از نقد ادله لفظی هر دو دسته با استناد به سیره عقلانی متصل به زمان معصوم و عدم ردع آن بر صحت معاطات و اثر معاملی آن استدلال شده است. در فصل آخر نیز با استناد به ادله لزوم عقد بیع بر لزوم معاطات استدلال شده است.

کلید واژگان: معاطات، عقد، سیره عقلانی، لزوم.

* تقریر فارسی به قلم سیدمرتضی تقوی.

مقدمه‌ای اجمالی در باب معاطات

عقد بیع نیازمند ابراز اراده یا به تعبیری ابراز انشاء عقد است و جای تردید نیست که ارتکاز عقلایی میان هیچ کدام از مبرزهای این اراده یا انشاء برای حصول ملکیت لازم در بیع تفاوت نمی‌گذارد ولو اینکه مبرز، فعلی باشد که به تنهایی یا به انضمام قرینه‌ای بر مقصود دلالت کند که به آن اصطلاحاً «معاطات» می‌گویند. با این وصف، ادعا شده که اجماع فقهای متقدم بر این است که معاطات افادۀ ملکیت یا افادۀ ملکیت لازم، نمی‌کند.^۱ اقوال ایشان در این باره و کیفیت تعریف و تقریر آن در کتب تفصیلی فقه آمده است. در بارۀ این اجماع به اختصار می‌توان گفت: اگر اجماع محصل هم در این مسئله باشد مادام که از طریق حدسی منجر به علم یا - حداقل - اطمینان به رأی شرع نشود، حجیتی ندارد. اجماع مرکب نیز برای نفی رأیی دیگر ارزشی ندارد مگر اینکه به اجماع بسیط باز گردد، بدین بیان که معلوم شود صاحب هر قولی در کنار اختیار آن قول، ملتزم به جامع میان آن اقوال نیز هست از آن جهت که جامع، متزع از آن قول و اقوال دیگر است و اگر ابطال قول خودش ثابت شود، مستقلاً بر اعتقاد به جامع باقی خواهد ماند. اما اگر چنین نباشد، نفس اختلاف آراء عامل مساعد مهمی در عدم تحقق حدس به قول شارع است که نزد ما مدار اجماع بر آن است.^۲ پس از بیان این مقدمه، در چند محور به اصل بحث می‌پردازیم:

محور نخست: ادله بیع بودن معاطات

اشاره کردیم که ارتکاز عقلایی میان واسطه‌های ابراز اراده یا عقد یا عهد یا انشاء در

۱. ابن زهره حلبی، غنیة النزوع، ص ۲۱۴، شهید ثانی، الروضة البهية، ج ۳، ص ۲۲۲،

نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام، ج ۲۲، ص ۲۱۳.

۲. ر. ک: حسینی حائری، سید کاظم، فقه العقود، ج ۱، ص ۳۱۳.

تحقق بیع تفاوتی نمی‌گذارد. همین ارتکاز عقلایی عامل مساعدی برای قول به صحت و افاده ملکیت لازم معاطات در بیع است، اما صرف اینکه ارتکاز عقلایی، مساعد امری باشد برای صدور فتوای شرعی در آن مسئله کفایت نمی‌کند و ناگزیر باید به ادله تفصیلی برای استدلال بر مقصود روی آورد. اهم این ادله در شش وجه بیان شده است:

وجه نخست: «احلّ الله البيع و حرّم الربّا»^۳ خداوند بیع را حلال و ربا را حرام کرده است. بی‌هیچ اشکالی، معاطات نزد عرف، بیع است، بنابراین مشمول حکم این آیه خواهد بود. اگر «حلّ» را در این آیه حلیت وضعی و مقصود از بیع را سبب فرض کنیم، در این صورت اطلاق آیه مستقیماً دلالت بر صحت بیع معاطاتی خواهد داشت. اگر «حلّ» را در آیه، حلیت تکلیفی متعلق به مسبب فرض کنیم؛ یعنی آیه خوردن و تصرف در مبیع را حلال دانسته است، در این صورت آیه دلالت التزامی بر صحت بیع دارد و اطلاق آن شامل حلیت خوردن و تصرف در مبیع معاطاتی می‌شود.

وجه دوم: «... اِلَّا اَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ»^۴ ... مگر آنکه تجارتی با رضایت دو طرف باشد. شکی نیست که بیع معاطاتی با رضایت طرفین، نزد عرف تجارت است، پس مشمول آیه کریمه خواهد بود.

وجه سوم: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اؤْفُوا بِالْعُقُودِ»^۵ ای کسانی که ایمان آوردید به عقدها وفا کنید. بر مبنای استظهار امام خمینی رضوان الله علیه، مقصود از عقد بر اساس تبادل عرفی، تبادل دو اضافه اعتباری است، اضافه اعتباری به منزله ریسمان و عقد، تبادل این دو اضافه است، چنانکه در آیه «وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ

۳. بقره، آیه ۲۷۵.

۴. نساء، آیه ۲۹.

۵. مائده، آیه ۱.

حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ»^۶ و آیه «أَوْ يَعْفوَ الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدَةُ النِّكَاحِ»^۷، عقد نیز به همین معنا آمده است. ایشان می‌فرماید: «عرف این معنا از عقد را مساعدت می‌کند و آنچه گفته می‌شود که عقد عبارت است از عهد موثق، درست نیست»^۸.

بر اساس این استظهار، در این مقام سه امر داریم:

۱. امر به وفای به عقد دلالت بر صحت عقد دارد؛ زیرا وجوب وفا به عقد باطل نه عرفاً و نه شرعاً محتمل نیست. از آنجا که معاطات عرفاً عقد است هر چند میرز آن فعل باشد، اطلاق آیه بر صحت آن دلالت دارد و خروج بیع ربوی یا قرض ربوی از این حکم، با تخصیص انجام می‌گیرد.

۲. امر به وفای به عقد دلالت بر لزوم عقد دارد.

۳. متعلق عقد یعنی عوضین یا همان مالی که اضافه اعتباری به آن تعلق می‌گیرد. ظاهراً متعلق عقد در این بحث، موضوعی مفروغ عنه است؛ بنابراین خروج متعلق‌های غیر شرعی مانند خمر از این حکم، تخصیص به شمار نمی‌آید. بر این اساس، هرگاه مثلاً در شرعیت متعلق عقد یا مالیت آن شک شود، نمی‌توان شرعیت آن را با اطلاق این آیه اثبات کرد. و هرگاه شک در شرعیت خود عقد یعنی نفوذ آن بدون اشکال در متعلق آن باشد، می‌توان با اطلاق این آیه آن را تنفیذ کرد. بر همین اساس عقدهای جدید مانند بیمه را با اطلاق این آیه صحیح می‌دانیم.

اشکال وجه سوم: تنها اشکال این وجه، وجود روایاتی است که عقد را در این آیه، به عهد تفسیر کرده‌اند. یکی از این روایات از نظر سند تمام است، در این روایت علی بن ابراهیم از پدرش از نضر بن سوید از امام صادق (ع) نقل می‌کند که فرمود: «بِالعقود» یعنی «بِالعهود»^۹.

۶. بقره، آیه ۲۳۵.

۷. بقره، آیه ۲۳۷.

۸. امام خمینی، کتاب بیع، ج ۱، ص ۱۰۳-۱۰۲.

۹. تفسیر علی بن ابراهیم قمی، ج ۱، ص ۱۶۰.

در مرسله عیاشی از ابن سنان^{۱۰} هم همین مضمون روایت شده و احتمالاً عین روایت اول باشد.

در روایت دیگری نیز علی بن ابراهیم از حسین بن محمد از معلى بن محمد از ابن ابی عمیر از امام جواد(ع) نقل کرده که درباره آیه «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» فرمود:

«إِنَّ رَسُولَ اللَّهِ (ص) عَقَدَ عَلَيْهِمْ لِعَلِّيَّ بِالْخِلَافَةِ فِي عَشْرَةِ مَوَاطِنَ ثُمَّ أُنْزِلَ «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» الَّتِي عَقَدْتُ عَلَيْهِمْ لِأَمِيرِ الْمُؤْمِنِينَ (ع)؛^{۱۱}
 رسول خدا(ص) بر مردم برای خلافت علی(ع) در ده جا عقد بست (پیمان گرفت)، سپس خداوند آیه «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» را نازل کرد یعنی ای کسانی که ایمان آوردید به عقودی که برای امیر المؤمنین با شما بسته شد وفا کنید.

بدون شک عقدی که پیامبر(ص) در آن ده جا برای علی(ع) با مردم بست چیزی جز پیمان گرفتن از امت برای امر امامت نبود. سند این روایت تمام نیست. در پاسخ این اشکال می توان گفت: جمع میان فهم عرفی کلمه «عقد» که عبارت از عقود اعتباری و تبادل اضافات است و این روایات، مقتضی آن است که بگوییم: مقصود این روایات بیرون بردن کلمه «عقد» از معنای عرفی نیست؛ بلکه مقصود گسترش مفهوم آن به معنای جامع «گره زدن» است که در عقود اعتباری و نیز در عهد وجود دارد.

وجه چهارم: حدیث نبوی «الْأَنَاسُ مُسَلِّطُونَ عَلَى أَمْوَالِهِمْ»^{۱۲} مردم بر اموال خود تسلط دارند». گفته شده که مقتضای اطلاق این حدیث، تسلط بر بیع معاطاتی است.

۱۰. وسائل الشیعه، ج ۲۳، ص ۳۲۷، باب ۲۵ از ابواب نذر و عهد، ح ۳.

۱۱. تفسیر علی بن ابراهیم قمی، ج ۱، ص ۱۶۰.

۱۲. ابن ابی جمهور احسایی، عوالی اللثالی، ج ۳، ص ۲۰۸.

اشکال: این وجه نه از جهت سند و نه از جهت دلالت ارزشی ندارد:

از جهت سند: این روایت مرسله است که در کتاب عوالی اللالی آمده و نقل آن کتاب اعتباری ندارد.

از جهت دلالت: معنای این روایت آن است که سرنخ تصرفات - چه مصرفی و چه اعتباری - فقط در دست مالک است، اما اینکه کدام تصرف اعتباری یا کدام تصرف مصرفی صحیح است، بر عهده این روایت نیست، از این رو حرمت نوشیدن مایع نجس مثلاً تخصیصی برای این روایت نیست.

وجه پنجم: سیره متشرعه. ادعا شده که سیره متشرعه از قدیم تا کنون بر بیع معاطات و عدم فرق آثار آن با بیع عقدی بوده است. سیره متشرعه متصل به زمان معصوم در طول رأی معصوم بوده و کاشف از آن است.

اشکال: کمترین ایراد این وجه آن است که مطمئن نیستیم سیره متشرعه بر این کار، سیره آنان به عنوان متشرعه باشد؛ زیرا آنان در عین حال، عقلاً نیز هستند و از همان ارتکاز عقلایی که اشاره کردیم، برخوردارند. از این رو شاید سیره آنان در مورد بیع معاطات به سبب آن ارتکاز عقلایی باشد و به سیره عقلایی برگردد نه سیره متشرعی.

وجه ششم: سیره عقلایی متصل به زمان معصوم با عدم ردع آن از جانب معصوم، کشف قطعی از رأی معصوم می کند. این وجه اگر فرض وجود ردع نباشد، درست است. پس از بررسی ادله عدم صحت معاطات به اختصار به بحث از این فرض (فرض وجود ردع) خواهیم پرداخت.

محور دوم: ادله عدم صحت معاطات

عمده ترین دلیل لفظی که برای اثبات عدم صحت معاطات به آن استدلال می شود، روایت خالد بن حجاج یا خالد بن نجیح است:

قال: قلت لابي عبد الله (ع): الرجل يجيء فيقول: اشتر هذا الثوب و اربحك كذا و كذا. قال: اليس ان شاء ترك و ان شاء اخذ؟ قلت: بلى. قال: لا بأس به، انما يحلل الكلام و يحرم الكلام؛^{۱۳}

خالد بن حجاج یا خالد بن نجیح می گوید به امام صادق (ع) گفتم: شخصی می آید و می گوید: این پیراهن را برای من بخر فلان مبلغ به تو سود می دهم. امام فرمود: «آیا اینگونه نیست که اگر خواست می خرد و اگر نخواست نمی خرد؟» گفتم: بلی. فرمود: «اشکال ندارد، فقط کلام است که حلال می کند و حرام می کند».

نام راوی در تهذیب^{۱۴}، خالد بن حجاج آمده است و از ظاهر عبارت صاحب وسایل هم بر می آید که در متن کافی نیز خالد بن حجاج بوده است. ولی در نسخه های موجود کافی^{۱۵}، خالد بن نجیح آمده است و خالد بن نجیح کسی است که محمد بن ابی عمیر و صفوان از او روایت کرده اند و بر این اساس سند روایت تمام است. اما اگر آنچه در متن تهذیب و نیز بر حسب عبارت صاحب وسایل در متن کافی آمده درست بوده و نام راوی خالد بن حجاج باشد، سند روایت ساقط است؛ زیرا دلیلی بر وثاقت خالد بن حجاج وجود ندارد.

ظاهر معنای این روایت آن است که سفارش دهنده خرید پیراهن قبل از اینکه پیراهن به تملک شخص واسطه درآید نمی تواند مالک آن شود. از دیگر روایاتی که در همین باب وسایل آمده نیز همین معنا استفاده می شود، از جمله:

- در صحیح منصور بن حازم از امام صادق (ع) درباره کسی که به دیگری گفت کالایی را برای او بخرد و به او بفروشد، فرمود:

۱۳. حر عاملی، وسائل الشیعه، ج ۱۸، ص ۵۰، باب ۸ از ابواب احکام العقود، ح ۴.

۱۴. شیخ طوسی، تهذیب الاحکام، ج ۷، ص ۵۰، ح ۲۱۶.

۱۵. کلینی رازی، الفروع من الکافی، ج ۵، ص ۲۰۱، باب الرجل یبیع مالیس عنده، ح ۶.

لا بأس بذلك إنما البيع بعدما يشتره؛^{۱۶}

اشکال ندارد، بیع پس از آنکه آن را خرید واقع می شود.

- صحیحہ معاویة بن عمار از امام صادق(ع):

قال: قلت لابي عبد الله (ع): يجيئني الرجل يطلب بيع الحرير و ليس عندي منه شيء، فيقولني عليه و أقاولة في الريح و الأجل حتى نجتمع على شيء، ثم أذهب فأشترى له الحرير فادعوه إليه. فقال: أرايت إن وجد بيعاً هو أحب إليه ممّا عندك أيسطيع أن ينصرف إليه و يدعك، أو وجدت أنت ذلك أيسطيع أن تنصرف إليه و تدعه؟ قلت: نعم. قال: فلا بأس؛^{۱۷}

معاویة بن عمار می گوید به امام صادق(ع) گفتم: شخصی می آید و می خواهد از من حریر بخرد و من حریر ندارم، درباره حریر و سود و مدت معامله با هم گفتگو می کنیم تا به توافق برسیم، سپس می روم و برای او حریر می خرم و به او اطلاع می دهم. امام فرمود: «اینگونه است که اگر او معامله بهتری از آنچه نزد توست بیابد می تواند از تو منصرف شود و آن معامله را انجام دهد، یا اگر تو معامله بهتری یافتی می توانی از او منصرف شوی و آن معامله را انجام دهی؟» گفتم: بلی. فرمود: «اشکالی ندارد».

- صحیحہ محمد بن مسلم از امام باقر(ع):

قال: سألته عن رجل أتاها رجل، فقال: ابتع لي متاعاً لعلّي أشتريه منك بنقد أو نسيئة، فابتاعه الرجل من أجله. قال: «ليس به بأس، إنما يشتره بعد ما يملكه»؛^{۱۸}

از امام باقر(ع) پرسیدم: مردی نزد دیگری می رود و می گوید: کالایی را

۱۶. حر عاملی، وسائل الشیعه، ج ۱۸، ص ۵۰، باب ۸ از ابواب احکام العقود، ح ۶.

۱۷. همان، ص ۵۱، ح ۷.

۱۸. همان، ص ۵۱، ح ۸.

برای من خریداری کن شاید آن را از توبه نقد یا نسیه بخرم، او آن کالا را برایش می خرد. امام (ع) فرمود: «اشکالی ندارد، آن را پس از اینکه شخص واسطه مالکش شده بود از او خرید».

- صحیحۀ عبد الرحمن بن حجاج از امام صادق (ع):

قال: سألت أبا عبد الله (ع) عن العينة^{۱۹}، فقلت: يأتيني الرجل، فيقول: اشترا المتاع اربح فيه كذا وكذا، فأروضه على الشيء من الربح فتراضي به، ثم أنطلق فاشتري المتاع من أجله لولا مكانه لم أوردته، ثم آتية به فأبيعه. فقال: ما أرى بهذا بأساً لو هلك منه^{۲۰} المتاع قبل أن تبينه إياه كان من مالك، وهذا عليك بالخيار إن شاء اشتراه منك بعد ما تأتية، وإن شاء رده، فلست أرى به بأساً؛^{۲۱}

از امام صادق (ع) درباره عینه پرسیدم که مردی نزد من می آید و می گوید: آن کالا را (برای من) بخر فلان مبلغ سود ببر، مقدار سودی را پیشنهاد می کنم و بر آن توافق می کنیم، سپس می روم و کالا را برای او می خرم و اگر برای او نبود نمی خریدم، سپس می آید و آن را به او می فروشم. امام (ع) فرمود: «اشکالی در این معامله نمی بینم اگر قبل از اینکه آن کالا را به او بفروشی تلف شود از مال تو باشد، و او اختیار داشته باشد که اگر بخواهد آن را از تو بخرد و اگر بخواهد آن را رد کند، اشکالی در آن نمی بینم».

- صحیحۀ اسماعیل بن عبد الخالق:

۱۹. مقصود از عینه در این جا این است که فروشنده جنسی را نقدی به قیمت ارزانتر از کسی بخرد، سپس آن را به قیمت بالاتر به دیگری بفروشد.

۲۰. احتمالاً کلمه «منه» در این روایت زاید است. این کلمه با صحیحۀ منصور بن حازم (حدیث ۱۲ همین باب) تناسب دارد.

۲۱. حرّ عاملی، وسائل الشیعه، ج ۱۸، ص ۵۱، باب ۸ از ابواب احکام العقود، ح ۹.

قال: سألت أبا الحسن (ع) عن العينة وقلت: إنَّ عامَّة تجارنا اليوم يعطون العينة، فأقصَّ عليك كيف نعمل. قال: «هات». قلت: يأتينا المساوم يريد المال فيساومنا وليس عندنا متاع، فيقول: اربحك ده يازده وأقول أنا: ده دوازده، فلا نزال نترأض حتى نتراضى على أمر، فإذا فرغنا قلت: أي متاع أحبَّ إليك أن اشترى لك؟ فيقول: الحرير؛ لأنَّه لا يجد شيئاً أقلَّ وضيعة منه، فأذهب وقد قاولته من غير مبايعة بالذات. فقال (ع): اليس إن شئت لم تعطه وإن شاء لم يأخذ منك؟ قلت: بلى، فأذهب فأشترى له ذلك الحرير واماكس بقدر جهدي ثمَّ أجيء به إلى بيتي فأبايعه، فربَّما ازدددت عليه القليل على المقالوة، وربما أعطيته على ما قاولته، وربَّما تعاسرنا فلم يكن شيء، فإذا اشترى منِّي لم يجد أحداً أغلى به من الذي اشتريته منه فيبيعه منه فيجيء ذلك فيأخذ الدراهم فيدفعها إليه، وربَّما جاء ليحيله عليّ، فقال (ع): لا تدفعها إلَّا إلى صاحب الحرير. قلت: وربَّما يتفق بيني وبينه البيع به و أطلب إليه فيقبله منِّي، فقال (ع): اليس إنَّه لو شاء لم يفعل وإن شئت أنت لم تردِّ؟ فقلت: بلى، لو أنَّه هلك فمن مالي. قال: لا بأس بهذا إذا أنت لم تعدَّ هذا فلا بأس به؛^{٢٢}

از امام كاظم (ع) درباره عینه پرسیدم و گفتم: عموم تجار ما امروز عینه می دهند. توضیح می دهم که چه کار می کنیم. امام فرمود: «بگو». گفتم: معامله گری پیش ما می آید و مال می خواهد، باهم درباره قیمت ها سخن می گوئیم درحالی که نزد ما کالایی نیست، او می گوید: ده یک به تو سود می دهم. من می گویم: ده دو، پیوسته چانه می زنیم تا بر چیزی توافق کنیم. پس از آن به او می گویم: چه کالایی می خواهی برایت خریداری کنم؟ می گوید: حریر؛ چون چیزی کم خسارت تر از آن نیست. پس با او

۲۲. همو، وسائل الشیعه، ج ۱۸، ص ۵۳، باب ۸ از ابواب احکام العقود، ح ۱۴.

قرار می‌گذارم بدون اینکه ذات کالا را خرید و فروش کرده باشیم. امام فرمود: «آیا اینگونه نیست که اگر خواستی کالا را به او نمی‌دهی و اگر او هم بخواهد آن را از تو نمی‌گیرد؟» گفتیم: بلی، پس می‌روم و آن حریر را برای او می‌خرم و به قدر توانم چانه می‌زنم تا ارزان بخرم سپس آن را به خانه می‌آورم و به شخص سفارش دهنده می‌فروشم، گاهی کمی زیاده‌تر از قیمت توافقی و گاهی به همان قیمت و گاهی هم به سختی برمی‌خوریم و معامله صورت نمی‌گیرد. پس از آنکه سفارش دهنده، حریر را از من خرید هیچ مشتری گران‌تر از همان فروشنده‌ای که من حریر را از او خریده بودم نمی‌یابد، لذا حریر را به خود او می‌فروشد و او (صاحب اصلی حریر) می‌آید و درهم‌ها را از من می‌گیرد و به سفارش دهنده (معامله‌گر اولی) می‌دهد، گاهی هم خودش نمی‌آید بلکه شخص سفارش دهنده را به من حواله می‌دهد که درهم‌ها را به او بپردازم. امام فرمود: «درهم‌ها را به جز به صاحب حریر مده». گفتیم: گاهی میان من و سفارش دهنده معامله اتفاق می‌افتد و صاحب حریر هم قبول می‌کند. امام (ع) فرمود: «آیا اینگونه نیست که اگر او بخواهد انجام نمی‌دهد و اگر تو بخواهی نیز رد نمی‌کنی؟» گفتیم: بلی، اگر تلف شود از مال من تلف شده است. فرمود: «این کار اشکالی ندارد، اگر از این تجاوز نکند اشکالی ندارد.»

دو صحیحۀ منصور بن حازم یعنی روایات ۱۱ و ۱۲ همین باب^{۲۳} و نیز صحیحۀ یحیی بن حجاج^{۲۴} که در آن آمده است: «و لا تواجبه البیع قبل ان تستوجبها او تشتريها» و نیز صحیحۀ دیگری از عبدالرحمن بن حجاج،^{۲۵} به همین

۲۳. همان، ص ۵۲، باب ۹ از ابواب احکام العقود.

۲۴. همان، ح ۱۳.

۲۵. همان، ص ۵۱، باب ۷ از ابواب احکام العقود، ح ۳.

مضمون آمده است. روایت دیگری از روایات عینه نیز هست که به آن استشهاد نکردیم و آن روایت حسین بن منذر است که وثاقت او ثابت نیست:

قال: قلت لأبي عبد الله (ع): يبيئني الرجل فيطلب العينة فاشتري له المتاع مرابحة ثم أبيعها إياه، ثم أشتريه منه مكاني قال: إذا كان بالخيار إن شاء باع، وإن شاء لم يبع، وكنت أنت بالخيار، إن شئت اشتريت وإن شئت لم تشتري، فلا بأس. فقلت: إن أهل المسجد يزعمون أن هذا فاسد ويقولون: إن جاء به بعد أشهر صلح. قال: إنما هذا تقديم وتأخير فلا بأس؛^{۲۶}

به امام صادق (ع) عرض کردم: شخصی می آید و عینه می خواهد، کالا را برای او به صورت مرابحه می خرم سپس آن را به او می فروشم و سپس همانجا آن را از او می خرم. امام فرمود: «اگر او اختیار داشته باشد که بفروشد یا نفروشد و تو هم اختیار داشته باشی که بخری یا نخری، اشکال ندارد». عرض کردم: اهل مسجد [کنایه از عامه] می پندارند که این معامله فاسد است و می گویند: اگر بعد از چند ماه بیاید درست است. امام فرمود: «این فقط تقدیم و تأخیر زمانی است و اشکال ندارد».

وجه عدم استشهاد به این روایت آن است که احتمال می رود که فرض امام (ع) در مورد عدم ربط خرید دومی به فروش سابق به سبب نکته دیگری غیر از ایجاب بیع قبل از طلب ایجاب آن باشد، و آن نکته عبارت است از بازگشت مسئله به حیلۀ در قرض ربوی، بر این اساس که مشتری اخیر همان فروشنده سابق است و فروش متقابل میان دو شخص به این شکل حیلۀ ای برای فرار از قرض ربوی است. در هر صورت روایات فراوانی که متن برخی را نقل کردیم و به برخی نیز اشاره کردیم برای استشهاد کافی است، اگرچه به استشهاد به آنها نیز نیاز نداریم؛ زیرا تفسیر روایت مورد بحث - روایت إنما يحلل الكلام ويحرم الكلام - با آنچه ذکر کردیم ۲۶. حرّ عاملی، وسائل الشیعه، ج ۱۸، ص ۴۲، باب ۵ از ابواب احکام العقود، ح ۴.

واضح است و ابهامی ندارد. در اینجا روایات دیگری نیز هست که فقط به ذکر «إنما یحرّم الکلام» اکتفا کرده اند، از جمله:

- صحیحۀ حلبی از امام صادق (ع):

قال: سئل أبو عبد الله (ع) عن الرجل يزرع الأرض فيشترط للبذر ثلثاً و للبقر ثلثاً. قال: لا ينبغي أن يسمّى شيئاً، فإنما يحرّم الکلام؛^{۲۷}

از امام صادق (ع) سؤال شد درباره کسی که زمینی را می کارد و شرط می کند که ثلث برای بذر و ثلث برای گاو باشد. فرمود: شایسته نیست که چیزی را اسم ببرد، زیرا کلام حرمت می آورد.

در صحیحۀ سلیمان بن خالد^{۲۸} و ابی الریبع شامی^{۲۹} نیز به همین عبارت آمده. ابی الریبع شامی به دلیل اینکه بزنی از او روایت کرده، موثق است. اینک برمی گردیم به روایت مورد بحث یعنی روایت خالد بن حجاج یا خالد بن نجیح:

قال: قلت لأبي عبد الله (ع): الرجل يبيع فيقول: اشتر هذا الثوب و أربحك كذا أو كذا. قال: ليس إن شاء ترك و إن شاء أخذ؟ قلت: بلى. قال: لا بأس به، إنما يحلّل الکلام و يحرّم الکلام.

به قرینه مورد روایت که در حقیقت از موارد عینه است، واضح است که مقصود از کلام حلال کننده و کلام حرام کننده، کلامی است که تعیین می کند بیع دومی با بیع اول مرتبط است یا مرتبط نیست. دیگر روایات عینه - که نقل کردیم - نیز به وضوح و روشنی این معنا را تأیید می کنند. به رغم وضوح این معنا، صاحب وسائل در ذیل این روایت آورده است: «در این روایت دلالتی است بر اینکه بیع

۲۷. حرّ عاملی، وسائل الشیعه، ج ۱۹، ص ۴۱، باب ۸ از ابواب مزارعه، ح ۴.

۲۸. همان، ص ۴۲، ح ۶.

۲۹. همان، ص ۴۳، ح ۱۰.

بدون صیغه منعقد نمی شود و بنابراین بیع معاطات معتبر نیست».^{۳۰}

اگر بخواهیم بر این سیاق استدلال کنیم، می توان گفت: روایات «انما یحرّم الکلام» نیز دلالت بر عدم انعقاد بیع بدون صیغه دارد؛ زیرا معنای این روایات آن است که اگر در صیغه بیع گفته شود: «ثلث برای بذر و ثلث برای گاو» بیع باطل است. بنابراین، اصل اینکه بیع باید با صیغه باشد، فرض مفروض عنهی است. واقع این است که دلالت این روایات، چه روایت خالد و چه روایت «انما یحرّم الکلام» بر بطلان معاطات تمام نیست.

اما دلالت روایت خالد از این جهت تمام نیست که واضح است معاطات دلالتی بر این ندارد که در باب عینه، بیع اول بیع دوم را بر طرفین واجب می کند، بلکه این دلالت نشأت گرفته از گفتگوی کلامی طرفین قبل از انجام هردو بیع است. این گفتگوی کلامی که مبنای دو بیع است همان کلامی است که حلال می سازد یا حرام می سازد، اما اینکه این دو بیع با صیغه لفظی باشد یا با نوشتن یا با معاطات، به طور کلی اجنبی از حوزه دلالت این روایت است. دلالت روایت «انما یحرّم الکلام» نیز تمام نیست؛ زیرا این روایت فقط ناظر به گفتگویی است که طبعاً با کلام صورت می گیرد و تعیین می کند که ثلث برای بذر و ثلث برای گاو باشد، درحالی که معاطات دلالتی بر این امر ندارد. بر این اساس، این روایت نیز اجنبی از آن است که این بیع با صیغه لفظی باشد یا با نوشتن یا با معاطات.

ممکن است گفته شود: مورد حدیث «انما یحلّل الکلام و یحرّم الکلام» در این بحث اهمیتی ندارد؛ زیرا مورد، مخصّص نیست، بلکه آنچه اهمیت دارد تمسک به اطلاق جمله «انما یحلّل الکلام و یحرّم الکلام» است. اطلاق این جمله اقتضا دارد که آنچه بیع را حلال می سازد و صحیح می کند فقط کلام و عقد لفظی است. پاسخ این اشکال را آیت الله خوئی داده است: «منحصر کردن محلّل و محرّم بیع در ۳۰. حرّ عاملی، وسائل الشیعه، ج ۱۸، ص ۵۰، باب ۸ از ابواب احکام العقود، هامش.

کلام، مستلزم تخصیص اکثر است؛ زیرا محلّل و محرّم های غیر لفظی فراوانی در شریعت مقدسه وجود دارد. واضح است که نجس شدن خوردنی ها و نوشیدنی ها محرّم (حرام کننده) و تطهیر آنها محلّل (حلال کننده) است. تذکّیه، محلّل است و عدم آن محرّم. شراب شدن آب انگور محرّم و سرکه شدن آن محلّل است. نجاست خواری محرّم حیوان حلال گوشت و استبراء آن محلّل است. آمیختن مال حلال با حرام محرّم و تخمیس آن محلّل است. وطی حیوان حلال گوشت محرّم است. آمیزش با زن، محرّم ازدواج با دختر اوست. لواط با مردی محرّم ازدواج با مادرو دختر و خواهر اوست. در موارد بسیاری شارع مقدس تصرف در اموال مردم را بدون محلّل کلامی تجویز کرده است، مانند تصرف در زمین های پهناور و رودخانه های بزرگ، و خوردن عابران از درختان کنار جاده، نیز خوردن از خانه دوستان و رفیقان بدون اذن لفظی در قرآن تجویز شده است.^{۳۱}

علاوه بر این، مسلمین نیز از شیعه و سنی اتفاق نظر دارند بر اینکه چنین حصری در باب عقود وجود ندارد؛ ایشان به جواز تصرف در مالی که با معاطات اخذ شده التزام دارند، چه معاطات افاده ملکیت کند و چه افاده اباحه و کسی قائل به فساد این معامله نیست مگر علامه حلی در بعضی از کتابهایش^{۳۲} که ثابت شد در کتب دیگرش^{۳۳} از این رأی برگشته است. ادعای انصراف روایت مذکور از این امور فراوانی که ذکر شد، از آن جهت که مستلزم تخصیص اکثر است، ادعای گزافیست.^{۳۴}

۳۱. سوره نور، آیه ۶۰.

۳۲. علامه حلی، مختلف الشیعه، ج ۵، ص ۵۱ و نیز علامه حلی، نهایة الاحکام، ج ۲، ص ۱۴۷.

۳۳. علامه حلی، تحریر الاحکام الشرعیه، ج ۲، ص ۲۷۵.

۳۴. توحیدی، محمد علی، مصباح الفقاهه با تقریرات بحث آیت الله خویی، ج ۲، ص ۱۴۹ -

۱۴۸ و نیز حسینی شاهرودی، علی، محاضرات فی الفقه الجعفری، ج ۲، ص ۷۲ - ۷۱

نقل به مضمون.

این همه، در صورتی است که مقصود از استشهاد به این روایت یا دیگر روایات، استدلال به دلیل لفظی برای بطلان معاطات یعنی عدم افاده ملکیت آن باشد در مقابل ادله لفظی گذشته مانند «احل الله البيع»^{۳۵} که برای صحت معاطات به آنها استدلال شده بود. اما اگر مقصود آن باشد که این روایت ردع معصوم از سیره عقلائیه است، حتی بر فرض تمام بودن سند و دلالت آن، برای اثبات ردع کفایت نمی‌کند؛ زیرا واضح است سیره عقلائیه قوی و مستحکمی از قبیل سیره و ارتکاز عقلایی بر ملکیت بخشی معاطات، نیاز به ردع قوی و روشن و مستحکمی در سطح آن سیره یا ارتکاز دارد، مثلاً مانند ردعی که در شریعت درباره عمل به قیاس آمده است. علاوه بر این، تعامل با دلیل لفظی مفروض برای بطلان معاطات یا عدم افاده ملکیت آن به عنوان دلیل لفظی در مقابل ادله لفظی مخالف و یا تعامل با آن به عنوان ردع از سیره، دو تمایز معکوس دارند: از طرفی در تعامل اول نیازی به وضوح و استحکام ریشه‌های دلیل از قبیل استفاضه نیست و به محض اینکه سند و دلالت فقط یک حدیث تمام باشد طرف معارضه با دیگر ادله لفظی قرار می‌گیرد و به تساقت یا ترجیح ادله صحت معاطات به سبب موافقت با کتاب، یا ترجیح دلیل بطلان آن به سبب اخص بودن می‌انجامد، در حالی که در تعامل دوم نیاز به وضوح و استحکام دلیل بطلان داریم. از طرف دیگر، در تعامل دوم نیاز به صحت سند روایت بطلان نداریم و احتمال ردع برای بطلان سیره کفایت می‌کند، در حالی که در تعامل اول برای خبر واحد معارض نیاز به صحت سند داریم. این تمام بحث در صحت معاطات به معنای افاده ملکیت بود. در محور سوم به بحث از ادله لزوم معاطات می‌پردازیم.

۳۵. بقره، آیه ۲۷۵.

محور سوم: ادله لزوم معاطات

پس از آنکه اثبات کردیم که معاطات، بیعی و عقدی عقلایی است، در واقع نیاز به اقامه دلیل خاص بر لزوم آن نداریم و کافی است به ادله لزوم بیع یا عقد رجوع کنیم. پنج دلیل عمده بر لزوم بیع یا عقد وجود دارد:

دلیل اول: آیه: «یا ایها الذین آمنوا أوفوا بالعقود»^{۳۶} ای کسانی که ایمان آوردید به عقدها وفا کنید». گذشت که آیه دلالت بر لزوم دو اضافه متبادل یا به بیان دیگر لزوم عقد دارد، و از طرفی بیع، عقد است و معاطات نیز عقد است، پس بیع لازم است و معاطات نیز لازم است.

دلیل دوم: آیه: «... إلّا أن تكون تجارة عن تراضٍ منكم»^{۳۷} ... مگر اینکه تجارتی با تراضی شما باشد». این آیه دلالت بر بطلان فسخ معامله از جانب یکی از طرفین بدون موافقت طرف دیگر دارد؛ زیرا فسخ، خلاف تجارت با تراضی طرفین است.

اگر استثنا متصل باشد، این استدلال در غایت وضوح است و معنای آیه چنین خواهد بود: «اموال یکدیگر را به هر سبب نخرید مگر اینکه تجارتی با تراضی شما باشد». تردیدی نیست که استثنای متصل دلالت بر حصر دارد. اما اگر استثنا منفصل باشد، استدلال به این آیه مشکل خواهد بود؛ زیرا استثنای منقطع دلالت بر حصر ندارد مگر کسی از نفس مقابله میان «سبب باطل» و «تجارت با تراضی»، استظهار کند که سبب منحصر در این دو عنوان است. این استظهار هم اگر بازگشت به استثنای متصل نباشد دلالت چندانی بر مقصود ندارد.

دلیل سوم: توقیع شریف حضرت حجّت (عج):

۳۶. مائده، آیه ۱.

۳۷. نساء، آیه ۲۹.

... لا يحلّ لأحد أن يتصرف في مال غيره بغير إذنه، فكيف يحلّ ذلك في

مالنا؟^{۳۸}؛

برای هیچکس حلال نیست که در مال غیر بدون اذن او تصرف کند، پس

چگونه این کار در مال ما حلال باشد؟

سند حدیث از این قرار است: محمد بن علی بن الحسین (شیخ صدوق) در اکمال الدین از محمد بن احمد سنائی - البته در متن اکمال الدین، شیبانی آمده است - و علی بن احمد بن محمد دقاق و حسین بن ابراهیم بن أحمد بن هشام مؤدب و علی بن عبدالله وراق، همگی از ابی الحسین محمد بن جعفر اسدی، نقل کرده اند که گفته است: «این حدیث از جانب شیخ ابی جعفر محمد بن عثمان عمری - قدس الله روحه - در جواب سؤالاتم از حضرت صاحب آمده است ...»^{۳۹}.

عیب این سند آن است که هیچ کدام از مشایخ چهارگانه شیخ صدوق در این حدیث توثیق خاص ندارند و بر همین اساس آیت الله خوئی بنا را بر ضعف این سند گذاشته است.^{۴۰}

به نظر ما در پاسخ این اشکال می توان گفت: احتمال نمی رود که مشایخ چهارگانه صدوق که طریق وی به روایاتش از محمد بن جعفر اسدی هستند تصادفاً همگی در عدم وثاقت مثل هم باشند. یا می توان گفت: حداقل از کذبین نبوده اند، از این رو توافق آنان بر این نقل موجب اطمینان ما به صحت نقل آنان است. ما این حدیث را به جای استدلال به روایت «الناس مسلطون علی أموالهم» برگزیدیم که در دلیل ششم از ادله صحت معاطات گذشت؛ چرا که آن روایت

۳۸. حرّ عاملی، وسائل الشیعه، ج ۹، ص ۵۴۱، باب ۳ از ابواب انفال، ح ۷.

۳۹. همان.

۴۰. خوئی، معجم رجال الحدیث، ج ۱، ذیل نام محمد بن جعفر اسدی، ابوالحسین، شماره

مسلسل ۱۰۳۶۵.

ارزش سندی ندارد. وجه استدلال به توقیع شریف آشکار است. عبارت «لایحل» لأحد أن يتصرف في مال غيره بغير إذن؛ بر هیچ کس حلال نیست که در مال غیر بدون اذن او تصرف کند» شامل تصرفات اعتباری مانند فسخ بدون اذن هم می شود و بنابراین دلالت بر بطلان آن دارد؛ زیرا محتمل نیست با فرض صحت فسخ حکم به حرمت آن شده باشد.

دلیل چهارم: روایات خیار مجلس و خیار حیوان که در بحث خیارات به آنها استدلال می شود دلالت بر لزوم معامله پس از پایان خیار دارد.

دلیل پنجم: استصحاب بقای ملکیت یا علقه یا اضافه ای که پس از معاطات حاصل شده است پس از فسخ یک جانبه یکی از طرفین بدون اذن دیگری.

گفتاری در

عقلانیت قصاص

○ رسول مزروعی*

چکیده

این مقاله به دنبال دفاع عقلی و عقلایی از «حق قصاص» است. بدین منظور نویسنده ابتدا به پیشینه تاریخی «مقابله به مثل» در ادیان و آیین های دیگر اشاره کرده و سپس نشان داده که «حق قصاص» با «حکم اعدام در قتل» از تفاوت های اساسی و ماهوی بسیاری برخوردار است و کسانی که گمان کرده اند اعدام و قصاص یکی بوده و با هم تفاوتی ندارند بر اساس همین گمان غلط به شبهات موهون در این حق بزرگ (حق قصاص) که حافظ حیات مادی و معنوی انسان است گرفتار آمده اند.

ادعاها و حملات علیه «حق قصاص» و پاسخ های آن از جمله مطالبی است که در این مقال مطرح شده است. در ادامه این بحث، حکمت ها و زیبایی های این حق حیات بخش به تصویر کشیده شده و ویژگی های آن که آمیزه ای از عدالت و رحمت است از

* سطح چهار حوزه علمیه قم.

جمله صیانت از کرامت و حقوق معنوی انسان و جامعه، عدالت محوری، عفو و رحمت، بازدارندگی حداکثری از جنایت و حفظ حیات مادی فرد و جامعه، بیان شده است.

در این مقال در دو بخش مجزا به «مقایسه اعدام با قصاص» و «مقایسه زندان با قصاص» پرداخته شده و آسیب‌های شدید و ناعادلانه «زندان» و «اعدام» در حقوق عرفی تبیین شده است و در ادامه، مباحث زندان‌های طولانی مدت و ابد که مورد اعمال شدید و توصیه‌های اکید دنیای غرب است به چالش کشیده شده و آسیب‌های ظالمانه و به شدت غیر انسانی در آن، نظیر غیر شخصی بودن این مجازات، تحمیل محرومیت‌های بی‌رحمانه و تحقیر کننده بر خانواده زندانی، تأثیرات بسیار منفی روحی و اخلاقی و مادی این مجازات پرمفسده و تباه کننده بر اطرافیان زندانی، خطرات زندان برای جامعه انسانی، تحقیر شدید و شکنجه روحی و حتی گاه جسمی زندانی در آن، گسترده و سازمانی شدن جنایات، عدم توجه عادلانه به حق بزه‌دیده و خانواده او در مجازات زندان، مورد ملاحظه قرار گرفته است.

واژگان کلیدی: حق قصاص، مقابله به مثل، اعدام، زندان، حقوق عرفی، عفو، حیات.

مقدمه

قصاص از جمله قوانینی است که با اعدام و مجازات‌های مشابه، تفاوت‌های بسیار زیادی دارد، فهم این تفاوت‌ها برای صاحبان اندیشه و علم با مقداری دقت نظر، سخت نخواهد بود. لکن در کمال تأسف باید گفت تفاوت قصاص و اعدام، نه تنها از سوی جوامع غیر اسلامی، بلکه از سوی برخی از مسلمانان نیز به خوبی فهمیده نشده و آنان را با شبهاتی روبرو کرده است.

هر چند برخی شبهات مطرح در مورد حق قصاص با شبهات مطرح در باره مجازات اعدام، نزدیک است (و البته در جای خود ثابت است که حتی حکم اعدام

محضی که ناشی از حدود الهی است با اعدام محضی که در سایر نظام های حقوقی دنیا وجود دارد بسیار متفاوت است؛^۱ اما در اینجا به مجازات اعدام محض، پرداخته نمی شود و تمرکز بر تبیین عقلایی از حق قصاص است. در این گفتار، ابتدا به پیشینه تاریخی «مقابله به مثل»، در برخی ادیان و آیین های دیگر پرداخته می شود و سپس درباره ویژگی های خاص «حق قصاص»، توضیح خواهیم داد. در ادامه، برخی شبهات و حمله ها علیه این حق را بررسی کرده و در پایان، «حق قصاص» را با جایگزین های مطرح در حقوق های عرفی (یعنی مجازات های اعدام و زندان های طولانی مدت) مقایسه خواهیم کرد.

پیشینه قصاص

مقابله به مثل، پیشینه ای بس طولانی در تاریخ تمدن بشر و در میان اقوام و ملل گوناگون دارد. البته آنچه در اسلام عزیز با عنوان قصاص، مطرح است، تفاوت های قابل توجهی با مقابله به مثل در طول تاریخ دارد. در اسلام، قصاص همراهی ناگسستنی با حق عفو (اعم از عفو مجانی یا معوض) دارد و بر بخشش توصیه اکید شده است.

پیشینه مقابله به مثل و اصل قانون قصاص را می توان در بزرگ ترین تمدن های باستان یافت. در قانون الواح دوازده گانه روم که بنابر قولی، نخستین قانون مدون بشری است، اصل حق قصاص برای قتل و برخی از آسیب های کم تر از قتل، وجود دارد.^۱ همچنین اصل قصاص در قوانین میزویوتامیه در تمدن بابل که مشتمل بر قانون سه پادشاه آن سرزمین، یعنی اورنامو، بالالاما و حمورابی است، دیده می شود. در سنگ نوشته قانون حمورابی (۱۶۸۶ - ۱۷۲۸ ق. م) تصریح شده است که اگر سابقه اصرار در قتل وجود داشته باشد، کیفر قاتل قصاص است و اگر چنان

۱. عوض احمد ادریس، الدیة بین العقوبة و التعویض، ص ۶۷.

سابقه ای در میان نباشد، کیفر زندان برای مدتی طولانی اجرا می شود.^۲

در ادیان گذشته، از جمله آیین یهود نیز اصل قانون قصاص، بدون حق عفو^۳

۲. همان، ص ۴۶؛ ویل دورانت، تاریخ تمدن، ج ۱، ص ۲۶۱.

۳. مفسرین در ذیل آیه شریفه «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأُنْثَىٰ بِالْأُنْثَىٰ فَمَنْ عَفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبَاعْ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٍ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِنْ رَبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمَنِ اعْتَدَىٰ بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ» (بقره، آیه ۱۷۸) به این مطلب اشاره کرده اند. طیب، اطیب البیان فی تفسیر القرآن، ج ۲، ص ۳۱۷: «ذلک تخفیفٌ من ربکم ورحمةٌ. این قانون و حکم (دستور عفو و انتقال از قصاص به دیه)، تخفیف و تفضلی است از جانب پروردگارتان که نه قاتل قصاص شود و نه حق مقتول پایمال گردد و قانون عادلانه است نه مثل قانون یهود که راه منحصر به قصاص و چاره ای جز قصاص نباشد و نه اینکه مانند نصاری قانون قصاص نباشد؛ فیض کاشانی، تفسیر الصافی، ج ۱، ص ۲۱۶: «ذلک التخییر تخفیف من ربکم ورحمةٌ لما فیہ من التسهیل والنفع فانه لو لم یکن إلا القتل والعفو لقل ما طابت نفس ولی المقتول بالعفو بلا عوض یاخذہ فکان قل ما یسلم القاتل من القتل، فی العوالی: روی أن القصاص کان فی شرع موسی حتماً والدية کان حتماً فی شرع عیسی فجاءت الحنفیة السّمتحة بتسویغ الأمرین معاً قبل کتب علی اليهود القصاص وحده و علی النصاری العفو مطلقاً، و خیر هذه الامة بینهما و بین الدیة تیسیراً علیهم؛ ثعلبی، الكشف و البیان عن تفسیر القرآن، ج ۱، ص ۵۵: «تخفیف من ربکم ورحمةٌ وذلک إن الله تعالی کتب علی أهل التوراة فی النفس والجرح أن یقیدوا و لا یأخذوا الدیة و لا یعفوا و علی أهل الإنجیل أن یعفوا و لا یقیدوا و لا یأخذوا الدیة. فخیّر الله تعالی هذه الامة بین القصاص و الدیة و العفو. کما روی سعید بن أبی سعید المقبری عن أبی شریح: إن رسول الله صلی الله علیه و سلم قال: «ثم أنتم یا خزاعة قد قتلتم هذا القتیل من هذیل، و أنا و الله عاقله فمن قتل قتیلاً بعده فاهله بین خیرتین: إن أحبوا قتلوا و إن أحبوا أخذوا العقل؛ رازی، مفاتیح الغیب، ج ۵، ص ۵۶-۵۷: ذلک تخفیف من ربکم ورحمةٌ ای إثبات الخیار لکم فی أخذ الدیة، و فی القصاص رحمة من الله علیکم، لأن الحکم فی اليهود حتم القصاص و الحکم فی النصاری حتم العفو فخفف عن هذه الامة و شرع لهم التخییر بین القصاص و الدیة، و ذلک تخفیف من الله و رحمة فی حق هذه الامة؛ لأن ولی الدم قد تكون الدیة أثر عنده من القود إذا کان محتاجاً إلى المال، و قد یكون القود أثر إذا کان راغباً فی التشفی و دفع شر القاتل عن نفسه، فجعل الخیرة له فیما أحبّه رحمة من الله فی حقّه؛ زمخشری،

پذیرفته شده است. در تورات درباره قصاص نفس و عضو آمده است:

هر که خون انسان ریزد، خون وی به دست انسان ریخته شود؛ زیرا خدا

انسان را به صورت خود ساخت.^۴

کسی که همسایه خود را عیب رسانیده باشد، چنان که او کرده باشد با او عمل خواهد شد؛ شکستگی، عوض شکستگی؛ چشم، عوض چشم؛ دندان، عوض دندان؛ چنان که به آن شخص عیب رسانیده، همچنان به او رسانیده شود.^۵

چنان که آشکار است، تورات علاوه بر قصاص نفس، قصاص عضو را نیز به صراحت پذیرفته است؛ ولی رویکرد سنت شفاهی آیین یهود (تلمود) هر چند در باور و اعتقاد خود قصاص نفس و عضو را می پذیرد، اما در عمل مخالف اجرای قصاص عضو است و جانی را به بهانه عدم امکان اجرای عادلانه و مماثل قصاص عضو، به غرامت مالی محکوم می کند.^۶ چنین برداشتی گرچه مخالفان جدی هم

> الکشاف، ج ۱، ص ۳۳۳: «ذلکَ الحکمَ المذکور من العفو و الدیة تخفیفٌ من ربکم و رَحْمَةٌ؛ لأن أهل التوراة كتب عليهم القصاص البتة و حرّم العفو و أخذ الدیة، و علی أهل الإنجیل العفو و حرّم القصاص و الدیة، و خیرت هذه الأمة بین الثلاث: القصاص و الدیة و العفو، توسعة علیهم و تیسیراً».

۴. کتاب مقدس، سفر پیدایش، باب ۹، آیه ۶؛ و نیز: سفر اعداد، باب ۳۵، آیه ۳۱-۳۲.

۵. کتاب مقدس، سفر لاویان، باب ۲۴، آیه ۱۹-۲۰؛ و نیز: سفر خروج، باب ۲۱، آیه ۲۳-۲۵.

۶. همین رویه ای که متأسفانه در بسیاری از دادگاه های ما نیز در جریان می باشد و تقریباً قصاص عضو را تعطیل کرده است و مجازات زندان با تمام مفاسد آن به عنوان بخشی از مجازات، به جای حق قصاص قرار گرفته است و این نگرانی را ایجاد می کند که ممکن است این رویه ما را مشمول عناوین کفر، ظلم و فسق آمده در آیات ذیل کند. «إِنَّا أَنْزَلْنَا التَّوْرَةَ فِيهَا هُدًى وَ نُورٌ يَحْكُمُ بِهَا النَّبِيُّونَ الَّذِينَ أَسْلَمُوا لِلَّذِينَ هَادُوا وَالرَّبَّانِيُّونَ وَالْأَحْبَارُ بِمَا اسْتُحْفِظُوا مِنْ كِتَابِ اللَّهِ وَ كَانُوا عَلَيْهِ شُهَدَاءَ فَلَا تَخْشَوُا النَّاسَ وَ اخْشَوُا اللَّهَ وَ لَا تَشْتَرُوا بِآيَاتِي ثَمَنًا قَلِيلًا وَ مَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ» مائده، آیه ۴۴؛ «وَكُتِبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ <

دارد، اما بیش تر عالمان یهود بر آن توافق دارند.^۷

برخی حکم قصاص را در دین مسیحیت بنا بر آنچه در عهد جدید آمده، منسوخ می دانند. در انجیل متی از حضرت عیسی (ع) نقل شده است که فرمود:

شنیده اید که گفته شده چشم در مقابل چشم، دندان در مقابل دندان، اما من می گویم در مقابل بدی ایستادگی نکنید، بلکه هر کس سیلی به گونه راست تو زد، گونه دیگری را در مقابل او قرار ده و هر کس با تو دشمنی کرد و خواست لباس را از تنت بیرون آورد، لباس را در اختیار او قرار ده.^۸

در فرض پذیرش انتساب این سخن به حضرت عیسی (ع) و تحریفی نبودن آن، این احتمال وجود دارد که عبارت فوق، ناظر به مقام جعل قانون نبوده و توصیه ای اخلاقی باشد؛ چنان که ادعا شده که بیش تر آموزه های آیین مسیحیت، جنبه اخلاقی دارد و این دین فاقد شریعتی نوین است و در شریعت، پیرو دین یهود می باشد.

در عصر نزول آیه شریفه قصاص و قبل از آن، امری شبیه به مقابله به مثل در بین مردم جریان داشت؛ لیکن برای آن، حد و مرز درستی شناخته نمی شد؛ بلکه حد آن به نیرومندی و ضعف طرفین و طبقه آنها بستگی داشت. چه بسا می شد در برابر کشتن یک مرد، ده مرد کشته می شد. گاه در برابر مرثوس یک قبیله، رئیس قبیله قاتل، کشته می شد و چه بسا می شد که یک قبیله، قبیله ای دیگر را به سبب یک قتل به کلی نابود می کرد؛^۹ خانواده مقتول غالباً در مواردی که قاتل از گروه و

> بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفِ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ» مائده، آیه ۴۵؛ «وَلِيَحْكُمَ أَهْلُ الْإِنْجِيلِ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فِيهِ وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ» مائده، آیه ۴۷.

۷. سلیمانی، عدالت کیفری در آیین یهود، ص ۲۹۱، ۳۱۳ و ۳۳۸.

۸. کتاب مقدس، عهد جدید، انجیل متی، باب ۵، آیات ۳۸-۴۱.

۹. موسوی همدانی، ترجمه تفسیر المیزان، ج ۱، ص ۶۵.

قبیله و عشیره آنان نبود، مدعی می شد که خون مقتول ارزشمندتر از خون قاتل است. از این رو تنها به کشته شدن قاتل، راضی نمی شد و خواستار کشته شدن افراد بیش تری از خانواده یا گروه و قبیله قاتل^{۱۰} بود.^{۱۱}

روشن است که چنین رویکردی در عصر جاهلیت اولی، ناشی از کم رنگ شدن قانون حقیقی قصاص و بلکه تغییر ماهوی آن در اثر جهالت و کفر و غلبه تعصبات جاهلی بر عدالت بر خاسته از پابندی کامل به این قانون عقلایی و الهی بوده است؛ زیرا تمام ماهیت قصاص و مقابله به مثل، چیزی جز جواز مجازات مجرم، فقط به مقدار جنایت او و نه بیش تر نیست.

قرآن کریم سنت ناپسند جاهلی را رد کرد و در قدم اول، اولیای دم را از زیاده روی در مقام مجازات قاتل، بازداشت و فرمود:

وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لوكِيهِ سُلْطَانًا فَلَا يُسْرِفُ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُورًا^{۱۲}

و نفسی را که خداوند حرام کرده است جز به حق مکشید، و هر کس مظلوم کشته شود، به سرپرست وی سلطنت داده ایم، پس نباید در قتل زیاده روی کند، زیرا او [از طرف شرع و قانون] یاری شده است.

گاهی نیز در جوامع ابتدائی، فهم غیر عاقلانه از قصاص و بدفهمی از مقابله به مثل، موجب پدید آمدن نتایج غیر عادلانه ای از آن می گردید. به عبارت دیگر، گاه فهم احمقانه از مقابله به مثل، موجب می شد که در کنار مجازات مجرم،

۱۰. جواد علی، المفصل فی تاریخ العرب قبل الاسلام، ج ۵، ص ۵۸۱.

۱۱. این دیدگاه ظالمانه، غیر انسانی و وحشیانه، در دنیای امروز و در جاهلیت مدرن پس از جاهلیت اولی، از سوی دنیای غرب، در آشکال و ادبیات جدید و در گستره وسیع تر در مقیاس منطقه ای و جهانی، دوباره طراحی و سازماندهی شده است که به شکل آشکار و نهان، گاه به صورت مابشری و گاه به صورت حمایتی اجرا می شود.

۱۲. اسراء، آیه ۳۳.

بی گناهان نیز آسیب ببینند؛ مانند اینکه در ماده ۲۲۹ قانون حمورابی آمده است:

هرگاه معماری برای شخصی خانه‌ای بنا نماید و در این بنا رعایت استحکام نکند و در نتیجه خانه خراب شود و صاحب خانه کشته شود، معمار در برابر آن کشته می‌شود و اگر در اثر خرابی خانه پسر صاحب خانه کشته شود، در برابر آن، پسر معمار کشته می‌شود.^{۱۳}

در عصر کنونی گاه بدفهمی از حق قصاص و تأمل نکردن و بی‌دقتی و گاه کمی بضاعت علمی در حقیقت و احکام آن و گاه خلط میان اعدام و حق قصاص، موجب شده تا شبهاتی در مورد این حق عقلایی و حیات بخش انسانی و الهی پدید آید که به زودی به بررسی و نقد آن خواهیم پرداخت؛ لیکن ابتدا باید به ویژگی‌های حق قصاص و ممیزات آن در مقابل اعدام و زندان بپردازیم.

برتری حق قصاص بر اعدام و زندان

۱. ویژگی‌های حق قصاص

باید تلاش شود تا با انسان‌سازی و ارتقاء فرهنگی، احتمال وقوع جرم و قتل در جامعه کاهش یابد. اسلام عزیز، نفس و عرض انسان‌های دیگر را نفس و عرض خود افراد شمرده است؛^{۱۴} بلکه تعبیر اعجاب برانگیز قرآن کریم این است که اگر کسی دیگری را به قتل رسانید، همچون کسی است که همه مردم را به قتل رسانیده

۱۳. حسنی، بررسی کیفر و احکام قصاص و تطور آن در اعصار و نزد ملل مختلف، مجله حقوق مردم، شماره ۲۹ و ۳۰، ص ۶۷.

۱۴. بقره، آیه ۸۴: «وَإِذْ أَخَذْنَا مِيثَاقَكُمْ لَا تَسْفِكُونَ دِمَاءَكُمْ وَلَا تُخْرِجُونَ أَنْفُسَكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ»؛ بقره، آیه ۸۵: «ثُمَّ أَنْتُمْ هَؤُلَاءِ تَقْتُلُونَ أَنْفُسَكُمْ وَتُخْرِجُونَ فَرِيقًا مِنْكُمْ مِنْ دِيَارِهِمْ»؛ نساء، آیه ۲۹: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا»؛ نور، آیه ۶۱: «فَإِذَا دَخَلْتُمْ بُيُوتًا فَسَلِّمُوا عَلَى أَنْفُسِكُمْ تَحِيَّةً مِنْ عِنْدِ اللَّهِ مُبَارَكَةً طَيِّبَةً»؛ حجرات، آیه ۱۱: «لَا تَلْمِزُوا أَنْفُسَكُمْ وَلَا تَنَابَزُوا بِالْأَلْقَابِ».

است. ۱۵. لکن از سوی دیگر، قانون نیز باید به گونه ای باشد که از بازدارندگی قابل قبولی برخوردار باشد. از سوی سوم چنانچه فاجعه قتل اتفاق افتاد و انسانی کشته شد، باید به نحوی عمل شود که تا حد امکان، جلوی تکرار و آسیب های پس از آن گرفته و حتی مقدار آسیب ایجاد شده به مقدار ممکن ترمیم شود.

جنایت، ممکن است به سه صورت عمد، شبه عمد و غیر عمد واقع شود. تنها در صورت اول، آن هم با وجود شرایطی در آن، قصاص ممکن است و اگر اثبات نشود که جنایت عمدی است، راهی برای قصاص نیست. اولین نکته در باره قصاص، این است که با اتفاقی بودن قتل و حتی شبهه آن، قصاص ثابت نمی شود؛ بلکه موضوع حق قصاص، جنایت ظالمانه و آگاهانه است که با توجه و تعمد جانی، تحقق می یابد. ۱۶

حق قصاص نه تنها با اعدام یکسان نیست، بلکه به نظر می رسد آن قدر با اعدام تفاوت دارد که می توان به روشنی و با اطمینان گفت: اسلام، مخالف اعدام قاتل، به عنوان یک حکم قطعی برای اوست.

در جرم های سنگینی که برای آن، مجازات حدی اعدام، وضع شده (و فعلاً از بحث ما خارج است) نیز حکم اسلام به نحوی است که با اعدام محض در سایر نظام های حقوقی دنیا، بسیار متفاوت می باشد. در باب حدود، مجموعه اموری مانند: شروط بسیار برای اعدام حدی و تضییق بسیار شدید در موضوع این حکم،

۱۵. مائده، آیه ۳۲: «مَنْ أَجَلَ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا...».

۱۶. متأسفانه در برخی فیلم ها و سریال ها، قتل هایی که عمد نیست و یا به هیچ وجه شرایط قصاص در آنها برقرار نیست، به دلیل عدم آشنایی دست اندرکاران آن با فقه اسلامی و بضاعت اندک علمی آنان و فقدان کارشناسان این امر یا قصور یا تقصیر آنان، به عنوان موضوع قصاص، معرفی شده است که منجر به نادرست معرفی کردن حقوق اسلامی و بد فهمی از «حق قصاص» در بین عوام و خواص جامعه می شود.

اختصاص آن به موارد بسیار محدود و خاص؛^{۱۷} همچنین سخت گیری در اثبات جرم؛^{۱۸} جایز نبودن تجسس در بسیاری از موارد آن حتی برای دادگاه، نظیر جرایم عفاف و توافقی؛^{۱۹} سقوط مجازات اعدام در فرض آنکه مرتکب، جاهل به حرمت

۱۷. برای نمونه ر. ک: مواد ۲۲۶ تا ۲۳۰ و مواد ۲۶۸ و ۲۸۶ ق. م. ا مصوب ۱۳۹۲.

۱۸. برای نمونه ر. ک: بند الف ماده ۱۷۲ و ماده ۲۱۸ و مواد ۱۹۸ تا ۲۰۰ ق. م. ا مصوب ۱۳۹۲؛ محقق حلی، شرائع الإسلام، ج ۴، ص ۱۴۰ - ۱۳۰؛ شهید ثانی، مسالک الافهام، ج ۱۴، ص ۳۵۶ - ۳۵۱.

۱۹. برای نمونه ر. ک: حجرات، آیه ۱۲؛ نور، آیه ۱۹؛ طوسی، الامالی، ص ۱۲۹، ح ۲۰۵؛ گلپایگانی، الدر المنضود، ج ۱، ص ۲۰۳ - ۲۱۴؛ همچنین ر. ک: ماده ۲۴۱ ق. م. ا مصوب ۱۳۹۲.

سؤال: اگر زن های مذکور از طرف مسئولین مربوطه به عنوان نهی از منکر دستگیر و در مورد اشخاصی که با آنها مرتکب زنا شده اند اعتراف نمایند آیا تجسس و تعقیب این اشخاص که در اثر وساوس شیطانی در خفا مرتکب زنا شده اند جایز است یا خیر؟ بلکه چون موجب افشاء سر و باعث رسوایی آنها می شود مشمول «انّ الذین یحبّون ان تشیع الفاحشة» بوده و تعقیب و تفحص جایز نیست؟

آیت الله اراکی (قدس سره): اعتراف مزنی بها علیه زانی فاقد اعتبار شرعی است و استنتاج متهم به ارتکاب جرمه زنا برای اثبات و احراز جرم زنا صورت شرعی ندارد. (گنجینه استفتائات قضایی - قم، سؤال ۱۸۷۸).

سؤال: اگر شهودی که به زنا شهادت می دهند، به صورت غیر اتفاقی زنا را مشاهده کنند، مثلاً به صورت تفحصی و جستجوگرانه و با کمین نشستن (به این صورت که مثلاً از قبل، از محل قرار زانی و زانیه اطلاع یافته و آنها را زیر نظر گرفته باشند) آیا مرتکب حرام شده اند؟ در صورتی که مرتکب حرام شده باشند، آیا مشاهده ای که اساس آن حرمت تکلیفی دارد می تواند به عنوان پینه شرعی معتبر باشد یا آنکه این مقدار حرمت، موجب فسق شهود می گردد؟ پس شهادت آنها از باب فسق شهود از حجیت ساقط است؟ و نیز در همین خصوص، آیا بین جایی که با اعتقاد به حلیت و به عنوان مثلاً مبارزه با منکرات و ردع آن از جامعه اقدام به چنین کاری کرده باشد و غیر آن تفاوت هست؟

آیت الله بهجت (قدس سره): اگر با تفحص محرم باشد و آن هم ثابت شود سبب سقوط از

آن عمل بوده باشد و یا امر بر وی مشتبه شده باشد^{۲۰}؛ سقوط مجازات اعدام با توبه مرتکب^{۲۱}؛ سقوط اعدام با انکار جرم از سوی مرتکب، حتی پس از رأی قطعی

> عدالت شهود می شود و شهادتشان مقبول نیست. ۱۳۸۱/۰۵/۲۰؛ آیت الله سیستانی: تجسس حرام است ولی اگر این کار با عدالت آنها منافات نداشته باشد شهادت آنها قبول می شود. ۱۰ جمادی الاولی ۱۴۲۳ هـ. ق؛ آیت الله صافی گلپایگانی: شاهد باید عادل باشد و تفحص و تجسس از کارهای مخفی مردم حرام است و مبارزه با منکرات مجوز ارتکاب خلاف شرع نیست البته در مواردی که می دانند کسانی می خواهند مرتکب زنا بشوند باید از وقوع خلاف شرع جلوگیری نمایند والله العالم. ۱۳۸۱/۰۴/۳۱؛ آیت الله مکارم شیرازی: این کار جایز نیست و سبب فسق شهود می شود مگر در مواردی که علم به حرمت نداشته باشند. ۱۳۸۱/۰۴/۳۰؛ آیت الله موسوی اردبیلی: در فرض مسأله کاری که انجام می دهند، یعنی از راه جستجو و نشستن در کمین و زیر نظر گرفتن تعقیب می کنند صحیح نیست، بلکه حرام است و موجب فسق می شود. ۱۳۸۳/۰۳/۱۷. (گنجینه استفتائات قضایی- قم، سؤال ۵۸۶۵)

سؤال: درباره جرایم منافی عفت بفرمایید: الف. حکم شرعی تحقیق در جرایم منافی عفت چیست؟ ب. در صورت ممنوع بودن بند(الف)، مجازات تحقیق در جرایم منافی عفت چیست؟

آیت الله بهجت (قدس سره): الف. در موردی که مدعی خاص باشد یا تراحم حقوق باشد مانعی ندارد؛ ب. در موردی که تفحص بی جا گناه کبیره محسوب شود تعزیر دارد. ۱۳۸۲/۰۵/۱۹؛ آیت الله مکارم: تحقیق و تجسس در این گونه موارد جایز نیست مگر در شرایط خاصی و اگر کسی تحقیق کند، حاکم شرع می تواند او را تعزیر نماید. ۱۳۸۱/۱۲/۲۷؛ آیت الله اردبیلی: الف. تجسس افراد، درباره جرائم مشکوک و منافی عفت که متهم و اتهام ارتباطی با آن افراد ندارد، جایز نیست و قابل تعزیر می باشد البته حکومت می تواند به خاطر مصالح عمومی جامعه یا وضع مقررات، در این باره اقداماتی انجام دهد. ۱۳۸۲/۰۲/۱۸ (گنجینه استفتائات قضایی- قم، سؤال ۹۱۵۵)؛ و. ر. ک: گنجینه استفتائات قضایی- قم، سؤال ۶۶۲۵.

۲۰. برای نمونه ر. ک: ماده ۲۱۷ ق. م. ا مصوب ۱۳۹۲.

۲۱. برای نمونه ر. ک: ماده ۱۱۴ ق. م. ا مصوب ۱۳۹۲.

دادگاه و حتی در حین اجرای حکم^{۲۲}؛ قبول ادعای مرتکب، مبنی بر وجود یکی از موانع مسئولیت کیفری در زمان ارتکاب جرم^{۲۳} و سقوط مجازات در فرض شبهه^{۲۴}، همگی نشان می‌دهد که جعل بسیار محدود اعدام در مجازات‌های حدی - برای جرایم و جنایات غیر انسانی و بسیار بزرگ و هولناک - نیز جنبه پیشگیری و بازدارندگی دارد. بر این اساس، اسلام حتی در محدوده بسیار کوچک و مضیق نیز نه تنها در صدد اجرای اعدام نیست، بلکه به شکل عاقلانه و حکیمانه در مقام عدم اجرای آن؛ بلکه عدم اثبات جرایم موجب آن، تا حد ممکن است؛ تا چه رسد به حق قصاص که از اساس، حق است و نه حکم اعدام قطعی.

برخی از وجوه ممیزه «حق قصاص» عبارت است از:

یک. حق قصاص به خانواده مقتول داده می‌شود.^{۲۵} و هیچ دادگاهی بدون درخواست خانواده مقتول نمی‌تواند تصمیم به اعدام و یا رهایی قاتل از مرگ بگیرد. بدین ترتیب وضعیت داغ دیدگان و حال و روز آنان در این حق در نظر گرفته شده است.

نمی‌توان همیشه و بدون استثنا، بازماندگان کسی را که به شکل غیر انسانی، شقاوت‌آمیز و مظلومانه کشته می‌شود، به صبر و فروختن احساساتشان توصیه کرد. همین که قانون، حقی را برای بازماندگان نسبت به مجازات جانی، قائل می‌شود، آنان حس خواهند کرد که به شرایط و حقوق آنها توجه شده و داغ آنها ملاحظه شده است. این موضوع موجب می‌شود احتمال اقدامات تلافی‌جویانه و آسیب‌های روانی وحشتناک ناشی از سرخوردگی در برابر ظلم وارده به آنان و جامعه، کاهش یابد.

۲۲. برای نمونه ر. ک: ماده ۱۷۳ ق. م. ا مصوب ۱۳۹۲.

۲۳. برای نمونه ر. ک: ماده ۲۱۸ و ماده ۲۶۳ ق. م. ا مصوب ۱۳۹۲.

۲۴. برای نمونه ر. ک: ماده ۱۲۱ ق. م. ا مصوب ۱۳۹۲.

۲۵. اسراء، آیه ۳۳: وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيَّهِ سُلْطَانًا.

دو. مجازات قتل، قطعی نیست و خانواده مقتول می‌توانند قاتل را ببخشند و این امکان، بستری برای شکل‌گیری بزرگ‌ترین جلوه‌های انسانی را فراهم می‌کند. در چنین فضایی در بسیاری از موارد، قاتل پس از ابراز پشیمانی در برابر خانواده مقتول، مورد عفو قرار می‌گیرد و با خضوع و سپاس از احسان و عفو بزرگ آنان، کریمانه به جامعه باز می‌گردد و البته گاه خانواده مقتول نمی‌توانند با خود کنار بیایند و از حق طبیعی، عادلانه و قانونی خود استفاده می‌کنند و قاتل کشته می‌شود. اما به هر حال احتمال عفو و اصلاح، در حق قصاص، بسیار قابل توجه است.^{۲۶}

سه. امکان اخذ دیه از دیگر امتیازات حق قصاص در اسلام است. دیه اگرچه نمی‌تواند از آسیب‌های عاطفی و انسانی ناشی از جنایت بکاهد؛ لیکن می‌تواند آسیب‌های اقتصادی ناشی از آن را تا حدودی ترمیم کند. علاوه بر امکان اخذ دیه، گاه می‌تواند به عفو از قصاص و بازگشت بزهدار به جامعه کمک کند.

۲. ادعاهای سازمان عفو بین‌الملل

«سازمان عفو بین‌الملل»^{۲۷} یکی از سازمان‌هایی است که از سال ۱۹۶۱ در زمینه‌های موسوم به حقوق بشر فعالیت می‌کند.^{۲۸} دفتر این سازمان در انگلستان

۲۶. در این زمینه می‌توانید به آمار عفوهای قابل توجه، نسبت به اجرای قصاص در ایران مراجعه فرمایید. برای نمونه خبر عفو ۳۷۵ نفر در سال ۹۲، توسط اولیاءدم از سوی سخنگوی قوه قضائیه اعلام شده بود. (پایگاه خبری عصر ایران به آدرس <http://www.asriran.com> خبر شماره ۳۳۴۵۶۵ به تاریخ انتشار ۱۶ اردیبهشت ۱۳۹۳ با عنوان: «سال گذشته ۳۷۵ مورد رضایت اولیای دم داشتیم».)

۲۷. Amnesty International؛ پایگاه این سازمان به آدرس: www.amnesty.org می‌باشد.

۲۸. پژوهش و ترجمه مطالب نقل شده از منابع خارجی در این گفتار - که از منابع رسمی و یا معتبر در نزد خود آنهاست - توسط فاضل محترم، جناب آقای مهندس حجت‌الله حاجی کاظم انجام شده است.

(لندن) می‌باشد و تلاش می‌کند از طریق افکار عمومی بر دولت‌ها فشار وارد نماید.^{۲۹} بسیاری از مسائل حقوق بشری که ظاهراً از سوی این سازمان پیگیری می‌شود، مطالبه واقعی ما و کشور ماست؛ اما در عین حال و متأسفانه، این سازمان با درک نکردن یا پوشاندن کارکردهای بازدارنده ممکن برای وجود قانون مجازات مرگ^{۳۰} (اعدام) در قوانین حقوقی کشورهای از یک سو و فرق نگذاشتن میان حکم اعدام و حق قصاص از سوی دیگر، مخالف سرسخت هرگونه قانون مجازات مرگ حتی برای قاتلان است هر چند این مجازات، ناشی از حق قصاص باشد. روشن است که تلاش همه دولت‌ها بر این است که تعداد مجرمان مشمول مجازات را کاهش دهند اما ادعای این سازمان، لزوم حذف کامل مجازات مرگ از کلیه قوانین جزایی و جایگزین کردن مجازات‌های دیگری به جای آن است.

عفو بین‌الملل، این حذف را بدون توجه به طبیعت جرم، شخصیت مجرم و حتی روش اعدام، دنبال می‌کند.^{۳۱} این سازمان حتی مجازات اعدام برای جنایتکاران و قاتلان را بر نمی‌تابد و البته مدعی شده که مجازات اعدام نه تنها موجب کاهش جرم نیست، بلکه موجب افزایش آن است. در ادامه دلایل این سازمان را مطرح و نقد می‌کنیم و نتیجه می‌گیریم که نمی‌توان بازدارندگی مجازات مرگ را نادیده پنداشت. سپس هر چند مؤکداً تذکر می‌دهیم که حق قصاص با اعدام

29. http://en.wikipedia.org/wiki/Amnesty_International.

30. The Death Penalty.

۳۱. عبارت انگلیسی جزوه توجیهی سازمان عفو بین‌الملل که با عنوان The Death Penalty,

Questions and Answers تیرماه ۱۳۹۳ از این مسیر قابل دریافت است:

<http://www.amnesty.org/en/info/ACT50/10/2007>، چنین می‌باشد:

“Amnesty International opposes the death penalty in all cases without exception regardless of the nature of the crime, the characteristics of the offender, or the method used by the state to kill the prisoner”

تفاوت ماهوی دارد اما از بازدارندگی وجود قانون مجازات مرگ (اعدام) در قوانین، برای تحلیل حق قصاص، بهره خواهیم برد.

کلیه مواردی که در این گفتار از قول سازمان عفو بین الملل آورده می شود، از پایگاه رسمی خود این سازمان^{۳۲} ذکر شده است که شامل مواضع رسمی آن مجموعه است. توجیهات ذکر شده در اینجا، در سال ۲۰۰۷ از سوی این سازمان تدوین شده است و تاکنون تغییری در آن ایجاد نکرده اند.

به نظر می رسد یکی از مهم ترین کارکردهای وجود مجازات اعدام در قانون، ایجاد بازدارندگی از جرایم، غیر انسانی دهشتناک و به شدت وحشیانه است. سازمان عفو بین الملل این کارکرد را نادیده می انگارد و ادعا کرده که: «مطالعات تجربی در مجموع از یافتن مدارك قانع کننده ای که نشان دهد مجازات مرگ بازدارندگی بیش تری نسبت به دیگر مجازات ها داشته است ناتوان بوده است».^{۳۳} در ادامه به عبارت یکی از پژوهش های سازمان ملل اشاره می کند: «تحقیقات، از فراهم آوردن دلایل علمی برای اثبات اینکه اعدام بازدارندگی بیش تری نسبت به حبس ابد دارد، ناتوان (شکست خورده) است».^{۳۴}

32. www.amnesty.org.

۳۳. جزوه توجیهی سازمان عفو بین الملل، صفحه ۴؛ مدرك مذکور با عنوان: Teh death Penalty, Questions and Answers تیرماه ۱۳۹۳ از این مسیر قابل دریافت است:

<http://www.amnesty.org/en/library/info/ACT50/010/2007>

متن این ادعا چنین است:

“Scientific studies have consistently failed to find convincing evidence that the deathpenalty deters crime more effectively than other punishments.”

۳۴. متن این عبارت در جزوه توجیهی سازمان عفو بین الملل صفحه ۴ چنین است:

“research has failed to provide scientific proof that executions have a greaterdeterrent effect than life imprisonment.”

سازمان عفو بین الملل به عنوان شاهدهی بر اینکه حذف هرگونه اعدام از قوانین یک کشور، تأثیر جدی بر وضعیت جرم در آن کشور ندارد، به کانادا اشاره می نماید که در سال ۱۹۷۶ مجازات اعدام را حذف کرده و به ادعای این سازمان از آن سال، آمار «قتل نسبی»^{۳۵} در این کشور کاهش پیدا کرده است. این سازمان پا را فراتر نهاده و ادعا می کند که این مجازات نه تنها موجب حفاظت بیش تر از جامعه نیست، بلکه عاملی برای افزایش «خوی درندگی»^{۳۶} در جامعه است. ^{۳۷} این سازمان به عنوان دلیلی بر اینکه چرا به نظر آنان مجازات مرگ، بازدارندگی ندارد، می نویسد:

نادرست است تصور کنیم افرادی که مرتکب جرم های سنگینی همچون قتل می شوند، این کار را پس از بررسی عواقب و پیامدهای منطقی آن انجام می دهند. قتل ها اغلب در لحظاتی اتفاق می افتد که احساسات فرد بر قوه تعقلش غلبه کرده یا فرد تحت تأثیر مواد مخدر یا مشروبات الکلی است.^{۳۸}

در ادامه نیز به تحقیقی که از سوی این سازمان در میان محکومان به مرگ در آمریکا انجام شده اشاره می کند. این تحقیق ادعا می کند که حدود ده درصد از محکومان به مرگ در آمریکا از سال ۱۹۷۷، آن چنان از مشکلات ذهنی رنج

۳۵. منظور از قتل نسبی، تعداد قتل نسبت به ۱۰۰ هزار نفر از جمعیت کشور است.
(homiciderate)

36. brutalization.

۳۷. جزوه توجیهی سازمان عفو بین الملل، صفحه ۴.

۳۸. جزوه توجیهی سازمان عفو بین الملل، صفحه ۵؛ متن آن به شرح ذیل است:

“It is incorrect to assume that people who commit such serious crimes as murder do so after rationally calculating the consequences. Often murders are committed in moments when emotion overcomes reason or under the influence of drugs or alcohol.”

می بردند که از فهم عقلانی احکام مرگ خویش، دلیل آن و نیز استلزام میان جرم خود و مجازات مرگ، عاجز بودند.^{۳۹}

۳. نقد ادعاهای سازمان عفو بین الملل

در حال حاضر در بیش تر کشورهای جهان، مجازات اعدام در عمل از سوی دولت ها، اجرا نمی شود. با توجه به این موضوع، دسترسی نداشتن به نمونه های متکثر دارای شرایط مشابه، موجب ناتوانی پژوهش های تجربی خواهد بود. روشن است که ناتوانی پژوهش های تجربی برای اثبات بازدارندگی اعدام را نمی توان دلیل بر حذف آن دانست. به نظر می رسد در چنین شرایطی باید از دلایل توصیفی و پژوهش های موردی نیز استفاده کرد که متأسفانه به هر دلیلی، از سوی سازمان ملل و سازمان عفو بین الملل، چندان به آن پرداخته نشده است. توماس کوهن^{۴۰} یکی از فیلسوفان علم، طی مطالعات علم شناسانه خود به این باور رسیده است که پژوهش های دانشمندان یک عصر، به سوی تحقیقاتی هدایت می شود که در راستای نظریه و پارادایم پذیرفته شده آن عصر باشد.^{۴۱} اگرچه عمومیت این سخن، قابل نقد است و در جای خود باید به آن پرداخته شود؛ لیکن به نظر می رسد در مورد بازدارندگی مجازات اعدام، پژوهش های تجربی عصر حاضر از این اشکال دور نیست.

در ادعاهای سازمان عفو بین الملل، بازدارندگی مجازات «اعدام»، نسبت به «حبس ابد» ارزیابی شده است و پیش فرض آن این است که حبس ابد گزینه

۳۹. جزوه توجیهی سازمان عفو بین الملل، صفحه ۵.

40. The university of chicago

۴۱. کتاب The Structure of Scientific Revolutions انتشارات University of Chicago

شهر Chicago and Lordon ویرایش سوم ۱۹۶۶، صفحه ۲۴.

مناسب تری، نسبت به اعدام است در حالی که این امر، نیاز به اثبات دارد و چنان که خواهد آمد این پیش فرض به شدت قابل تردید؛ و بلکه در مقایسه با حق قصاص، مردود است.

در مورد مثال کانادا، باید به نکاتی توجه شود:

یک. بعد از سال ۱۹۷۶ (سال حذف اعدام از قوانین کانادا) در بازه‌هایی، شاهد افزایش تعداد قتل نسبی در کانادا هستیم. برای مثال، در بازه ابتدای سال ۱۹۸۱ تا انتهای سال ۱۹۸۳ در مجموع حدود ۱۱ درصد، در سال ۱۹۹۱ حدود ۱۳ درصد و در بازه ابتدای سال ۲۰۰۴ تا انتهای سال ۲۰۰۵ در مجموع حدود ۱۸ درصد افزایش قتل نسبی در این کشور را شاهد هستیم.^{۴۲}

دو. در چند سال نزدیک به سال حذف مجازات اعدام، شاهد افزایش غیر عادی تعداد قتل در این کشور بوده‌ایم و نمی‌توان آن سال‌ها را ملاک قرار داد؛ به نحوی که از سال ۱۹۷۶ (سال حذف اعدام از قوانین کانادا) تاکنون در همه سال‌ها، تعداد نسبی قتل در کانادا از کمینه میزان نسبی قتل در قبل از ۱۹۶۴ بالاتر است و آن افزایش غیر عادی را هنوز هم جبران نکرده است.^{۴۳}

سه. قتل نسبی در سال‌های اخیر در بسیاری کشورها (اعم از آنکه مجازات اعدام را کنار گذاشته یا نگذاشته باشند) در حال کاهش است.^{۴۴} شاید این امر به

۴۲. پایگاه رسمی آمارهای کانادا وابسته به دولت آن کشور به آدرس: www.statcan.gc.ca که این آمارها از آدرس <http://www.statcan.gc.ca/daily-quotidien/131219/dq131219b-eng.htm> قابل مشاهده است.

۴۳. همان.

۴۴. مطالعات جهانی قتل، دفتر مواد مخدر و جرم سازمان ملل متحد، ۲۰۱۳، صفحه ۱۲؛ تیرماه ۱۳۹۳ قابل دریافت از پایگاه رسمی این دفتر و از آدرس:

http://www.unodc.org/documents/gsh/pdfs/2014_GLOBAL_HOMICIDE_BOOK_web.pdf

دلیل کنترل های فناورانه باشد.

چهار. کاهش تعداد قتل در بسیاری از کشورهایی که ۴۰ سال است اعدام را کنار گذاشته اند، فقط مربوط به ۱۵ سال اخیر است و این نشان می دهد که عامل دیگری در این کاهش، نقش داشته است، نه حذف اعدام.

پنج. مثال کانادا، بسیار خوشبینانه است و کشورهایی را می توان نام برد که با وجود حذف مجازات اعدام، در بازه هایی، افزایش قابل توجه قتل داشته اند. به نظر می رسد در این زمینه آمار معناداری نیز وجود دارد که اشاره خواهد شد.

شش. مجازات قتل عمد در حقوق اسلامی، اعدام نیست؛ بلکه قصاص است و این دو مورد با یکدیگر در ماهیت، بسیار متفاوت هستند؛ لذا مترادف گرفتن این دو عنوان (اعدام و قصاص) با هم و تاختن بر «حق قصاص» از طریق حمله بر «حکم اعدام»، کاری به شدت غیر علمی و غیر اخلاقی است.^{۴۵}

۴۵. اگر گفته شود: اشکالات سازمان عفو بین الملل مربوط به مجازات اعدام است و در اسلام هم مجازات اعدام حدی وجود دارد و هم قصاص نفس و این پاسخ نمی تواند اشکال بر مجازات اعدام حدی را حل کند؛ در پاسخ گفته می شود: ما فعلاً در مقام پاسخ از شبهات حکم قصاص هستیم و به دفع شبهات از اعدام حدی باید در جای خود پرداخته شود و چنان که پیشتر اشاره شد از نحوه سخت گیری شدید در اثبات بسیاری از جرایم حدی موجب اعدام و حتی گاه ایجاد مانع در اثبات آنها (ر. ک: بند الف ماده ۱۷۲ و مواد ۱۹۹، ۲۰۰، ۱۷۷، ۱۸۳، ۱۸۷، ۱۹۱، ۱۹۲، ۲۱۱، ۲۲۳، ۲۴۱، ۲۶۳) و قرار دادن قیود بسیار در موضوع آنها (ر. ک: مواد ۲۱۷، ۲۱۸، ۲۲۶، ۲۲۷، ۲۳۴) و سهولت شدید جریان قاعده درء در قریب به اتفاق آنها (ر. ک: مواد ۱۲۰، ۱۲۱) بر می آید که جعل قانونی اعدام های حدی عمده تاً دارای نقش بازدارنده است نه اجرا شونده؛ همچنین عوامل زیاد اسقاط کننده ای که برای این حدود حتی پس از ارتکاب جرم وجود دارد، نظیر عفو (ر. ک: مواد ۹۶-۹۸ ق. م. ا)، توبه مجرم (ر. ک: ماده ۱۱۴ ق. م. ا) و یا انکار بعد از اقرار (ر. ک: ماده ۱۷۳ ق. م. ا)، به روشنی نشان می دهد که اسلام، اجرا شدن این حدود را به شکل بسیار هوشمندانه ای به حداقل ممکن رسانده در عین آن که جنبه بازدارندگی آنها را نیز نسبت

<

به نظر می‌رسد وجود مجازات اعدام بر خلاف ادعای عفو بین‌الملل، نه تنها موجب افزایش خشونت و خوی درندگی در جامعه نمی‌شود، بلکه به کاهش آن کمک می‌کند؛ زیرا عموم انسان‌ها «مقابله به مثل» را ناعادلانه نمی‌دانند. و همان‌گونه که کشتن مهاجم در دفاع از خویشتن در جهان، به عنوان ترویج خشونت قلمداد نشده و امری پذیرفته شده است، قرار دادن مجازات مرگ در قتل عمد در صورت نبخشیدن خانواده مقتول، برای دفاع از جامعه بوده و نمی‌تواند ترویج خشونت تلقی گردد. به این نکته نیز باید توجه شود که با ترحم غیر عاقلانه و ناعادلانه بر قاتل ظالم بی‌رحم، امکان کشته شدن انسان‌های مظلوم و بی‌گناه افزایش خواهد یافت؛ در حالی که دولت‌ها در فرض تراحم میان حفظ حقوق اولیه انسان‌ها (نظیر حق حیات و امنیت آنان) از یک سو، و حفظ و بقای جنایتکاران از سوی دیگر، باید به دفاع از بزه‌دیدگان و شهروندان بی‌گناه و بی‌دفاع اهمیت بیش‌تری بدهند.

در مورد قتل، به علت از دست دادن قدرت تصمیم‌گیری و تحت تأثیر مواد مخدر و الکل و ناتوانی ذهنی، باید گفت:

یک. طبق قوانین کیفری اسلام اگر قاتل، قدرت تصمیم‌گیری و درک صحیحی از قتل نداشته است، محکوم (به قصاص) نخواهد شد^{۴۶} و اگر این امر در قوانین برخی از کشورها رعایت نمی‌شود و علیه چنین افرادی مجازات تعیین می‌شود و حتی به اعدام محکوم می‌شوند، اشکال به این جنبه از قوانینشان بر می‌گردد.

> به ارتکاب جرائم بسیار سنگین و غیر انسانی و آسیب‌زای شدید، نسبت به انسان و انسانیت و جامعه بشری، به شکل حکیمانه و حداکثری حفظ کرده است. «أَفَحُكْمَ الْجَاهِلِيَّةِ يَبْغُونَ وَ مَنْ أَحْسَنُ مِنَ اللَّهِ حُكْمًا؟ آيا آنها حکم جاهلیت را می‌خواهند؟ و چه کسی در حکم کردن بهتر از خداست». (مائده، آیه ۵۰)

۴۶. ر. ک: مواد ۱۵۴ و ۱۲۰ و ۳۰۷ و ۱۴۹ و ۱۴۰ و ۹۱ ق. م. ا مصوب ۱۳۹۲.

دو. بازدارندگی قانون مجازات، قرار نیست در لحظه تصمیم‌گیری نسبت به «قتل یا عدم قتل» بروز نماید، بلکه همین که افراد جامعه قبل از مواجهه با چنین موقعیت‌هایی با خود کنار آمده باشند، در خطور نکردن تصمیم قتل به اذهان آنان مؤثر است. اینکه کسی حس کند در هیچ موقعیتی (حتی با احتمال فرار از قانون) هیچ هدف و انگیزه‌ای، ارزش مرگ و به خطر انداختن جان خویش را ندارد، تأثیر روانی قابل توجهی در عدم وقوع جنایت دارد.

سه. در مورد قتل‌های سازمان‌یافته و یا مرتبط با گروه‌های تبهکاری و نیز قتل‌هایی که با انگیزه قبلی انجام می‌شود، میزان خطر به طور روشن از سوی قاتل، محاسبه می‌شود و تصمیم لحظه‌ای نیست.

چهار. پژوهش انجام شده در آمریکا، حداکثر در مورد ده درصد محکومان به مرگ در این کشور، حرفی برای گفتن دارد که این رقم نمی‌تواند نشان از بی‌تأثیر بودن وجود مجازات مرگ باشد؛ ضمن اینکه منطقی‌تر آن است که بازدارندگی این مجازات در کسانی که امکان ارتکاب قتل داشته اما از آن صرف نظر کرده‌اند بررسی شود و نه کسانی که آن را نادیده و مرتکب قتل شده‌اند؛ چراکه قرار نیست وجود مجازات بازدارنده در قوانین، جرم را به طور مطلق برچیند؛ بلکه همین که در عموم موارد، انگیزه جرم را از بین ببرد، وجه مناسبی برای درج آن مجازات در قانون است.

۴. بازدارندگی مجازات مرگ از قتل

به رغم ادعای سازمان عفو بین‌الملل مبنی بر نبودن شواهد کافی بر بازدارندگی مجازات اعدام، به نظر می‌رسد آمار معنادار و حداقل، جالب توجهی درباره نسبت میزان نسبی قتل و بودن یا نبودن مجازات مرگ در قوانین وجود دارد. این آمار بر اساس آخرین مستند «مطالعات جهانی قتل»^{۴۷} از سوی دفتر مواد مخدر

47. Global Study on Homicide.

و جرم سازمان ملل متحد، بررسی شده است. موارد ذیل از پایگاه رسمی دفتر مواد مخدر و جرم سازمان ملل متحد (www.unodc.org) استفاده شده است. هرچند نیاز به تعریف پژوهش‌های بی‌طرفانه در این زمینه وجود دارد اما اطلاعات ذیل، از میان نمونه‌های محدود اعلام شده، نشان از احتمال قابل توجه بازدارندگی مجازات مرگ دارد:

در برخی از کشورهای حذف‌کننده مجازات اعدام، روند افزایش قتل در بازه‌های ثبت شده، قابل مشاهده است:

مورد اول، در کشور ونزوئلاست که از سال ۱۸۶۳ اعدام را حذف کرده است اما با این وجود، آمارهای سراسر بازه ثبت شده (۱۹۵۵ تا ۲۰۱۲) افزایش مستمر قتل نسبی را نشان می‌دهد. در این مدت، قتل نسبی در این کشور در مجموع، بیش از نه برابر شده است.^{۴۸}

مورد دوم، کشور هلند است که با حذف اعدام در سال ۱۸۷۰، در بازه ۱۹۶۵ تا ۱۹۹۱ افزایش متوسط نرخ قتل نسبی (بیش‌ترین برکم‌ترین، حدود سه برابر) را داشته است.^{۴۹}

در برخی کشورها، این افزایش در برخی بازه‌ها دیده می‌شود که حداقل نشان می‌دهد حذف اعدام نتوانسته خشونت قتل را در این کشورها کنترل نماید.

نمونه اول کلمبیا است که از سال ۱۹۶۹ تا سال ۱۹۹۳ روند افزایشی قابل توجهی در تعداد قتل داشته است. در این مدت تعداد قتل بیش از پنج برابر افزایش

۴۸. مطالعات جهانی قتل، دفتر مواد مخدر و جرم سازمان ملل متحد، ۲۰۱۳، صفحات ۳۶ و ۳۷؛ تیرماه ۱۳۹۳ قابل دریافت از پایگاه رسمی این دفتر و از آدرس:

http://www.unodc.org/documents/gsh/pdfs/2014_global_homicide_book_web.pdf

۴۹. همان.

یافته است. این در حالی است که کلمبیا از سال ۱۹۱۰ تاکنون مجازات اعدام را حذف کرده است.^{۵۰}

نمونه دوم، ایتالیا است که در سال ۱۹۴۷ اعدام را حذف کرده است اما از ابتدای بازه ثبت شده ۱۹۵۵ تا ۱۹۹۵ افزایش مستمر در قتل نسبی داشته است. در این مدت قتل نسبی به چهار برابر، افزایش یافته است.^{۵۱}

نمونه سوم، کشور نیوزیلند است که اعدام را از سال ۱۹۶۱ حذف کرده است. در این کشور در بازه ۱۹۶۲ تا ۱۹۹۳ به طور تقریبی شاهد افزایش سالانه در نرخ قتل نسبی هستیم. در این بازه، قتل نسبی در این کشور تا بیش از دو برابر افزایش می یابد.^{۵۲}

از سوی دیگر با وجود آنکه کشورهای دارای قانون مجازات اعدام، محدود به چند کشور هستند، معمولاً روند کاهشی در نرخ قتل نسبی دیده می شود. در کشور چین که بیش ترین اعدام را در جهان داراست، از سال ۱۹۷۴ تا ۲۰۱۲ نرخ قتل نسبی، در حال کاهش است. میزان این کاهش به یک پنجم، قابل مشاهده است.^{۵۳} در کشور ژاپن که اعدام هنوز در قوانینشان جای دارد، از ابتدای بازه ثبت شده ۱۹۵۵ تاکنون، نرخ قتل نسبی، روند کاهشی داشته است. این کاهش، به حدود یک ششم قابل تقریب است.^{۵۴}

هرچند برای ادعای اینکه الزاماً و همیشه قانون مجازات مرگ، نسبت به قانون مجازات حبس ابد، موجب بازدارندگی بیش تری می گردد، به پژوهش های

۵۰. همان.

۵۱. همان.

۵۲. همان.

۵۳. همان.

۵۴. همان.

توصیفی و میدانی از سطح عمومی جامعه و از کسانی که در معرض این جرم هستند نیازمندیم، اما موارد مذکور قرینه‌های خوبی برای این است که نباید بازدارندگی مجازات اعدام نادیده گرفته شود. حال این قرینه‌ها را به استدلال دیگری بیفزایید که «شهود عمومی»^{۵۵} انسان‌ها این است که هیچ چیزی سخت‌تر از مرگ نخواهد بود. اگر مجازات حبس ابد، سختی مجازات مرگ را دارا باشد، باید تعداد قابل توجهی از محکومان به حبس ابد، ابتدای محکومیت، اقدام به خودکشی کنند، اما چنین موردی گزارش نشده است. رقم خودکشی در زندان هر چند نسبت به مرگ طبیعی زندانیان قابل توجه است و نشان دهنده آسیب‌های روحی زندان است، اما نسبت به کل زندانیان، در مناطق مختلف، ارقامی همچون ۱۴، ۹۴، ۶۱، ۱۱ و ۳۵ نفر در هر «صد هزار» زندانی برآورد شده است^{۵۶}.

به نظر می‌رسد بیش‌تر بودن بازدارندگی مجازات مرگ، نسبت به حبس، مسئله روشنی است که به سبب آنکه پژوهش‌های انجام شده با پیش فرض قبلی وارد موضوع می‌شوند، در این شهود شفاف عمومی، تردید می‌کنند.

اینها همه مربوط به بازدارندگی اعدام بود. به نظر می‌رسد از جهتی، بازدارندگی قصاص، حتی از اعدام نیز بیش‌تر است؛ علاوه بر اینکه بسیاری از آسیب‌های اعدام را نیز ندارد (که اشاره خواهد شد).

55. common sense.

۵۶. در سال ۲۰۱۲ بر اساس آخرین منابع موجود از سوی سازمان ملل متحد نرخ نسبی خودکشی در میان زندانیان در هفت کشور قاره آمریکا ۱۴ و در شش کشور جنوب شرق اروپا ۹۴ و در یازده کشور شمال غرب اروپا ۶۱ و در پنج کشور آسیایی ۱۱ و در دو کشور اقیانوسیه ۳۵ نفر (در هر صد هزار نفر) برآورد شده است.

مطالعات جهانی قتل، دفتر مواد مخدر و جرم سازمان ملل متحد، ۲۰۱۳، صفحه ۹۷؛ تیرماه ۱۳۹۳ قابل دریافت از پایگاه رسمی این دفتر و از آدرس:

http://www.unodc.org/documents/gsh/pdfs/2014_global_homicide_book_web.pdf

۵. قصاص و حفظ حیات

قرآن کریم بر نقش تأثیرگذار قصاص در حفظ حیات جامعه تأکید می‌کند و گویا مخاطبان خویش را به این نکته تنبه می‌دهد که گاهی کشتن مهاجم در مقام دفاع از حیات جامعه، مانند کشتن او در مقام دفاع از حیات فرد، لازم است و قصاص شخص جنایتکار، دفاع از حیات جامعه است. حضرت حق (جَلَّ وَ عَزَّ) می‌فرماید:

وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ؛^{۵۷}

وای خردمندان، شما را در قصاص زندگانی است، باشد که به تقوا گرایید.

امام زین العابدین (ع) در تفسیر این آیه شریفه در روایت ذیل به نقش حیات بخش قانون قصاص برای گروه‌های مختلفی از جامعه، اشاره فرموده است: نخست کسانی که انگیزه جنایت بر دیگران را دارند و از ترس اجرای این قانون از اقدام به جنایت خودداری می‌کنند و حیات معنوی و مادی خود آنها آسیب نمی‌بیند. دوم، کسانی که جانشان در نهایت، از سوی گروه اول مورد تهدید است و با پرهیز گروه اول از ارتکاب جنایت، آنان نیز جان سالم به در خواهند برد. سوم، آحاد جامعه هستند که با وجود این قانون، انگیزه جنایت در آنان یا حداقل در برخی از آنان از اول شکل نخواهد گرفت و همین امر، موجب بقای حیات آنها و دیگران خواهد بود. ایشان می‌فرمایند:

وَلَكُمْ يَا أُمَّةَ مُحَمَّدٍ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ؛ لِأَنَّ مَنْ هَمَّ بِالْقَتْلِ فَعَرَفَ أَنَّهُ [أَنَّ] يُقْتَصَّ مِنْهُ فَكَفَّ لِذَلِكَ عَنِ الْقَتْلِ كَانَ حَيَاةً لِلَّذِي هَمَّ بِقَتْلِهِ وَ حَيَاةً لِهَذَا الْجَانِي (الْجَانِي) الَّذِي أَرَادَ أَنْ يَقْتُلَ وَ حَيَاةً لِغَيْرِهِمَا مِنَ النَّاسِ إِذَا عَلِمُوا أَنَّ الْقِصَاصَ وَاجِبٌ لَا يَجْسُرُونَ عَلَى الْقَتْلِ مَخَافَةَ الْقِصَاصِ؛^{۵۸}

۵۷. بقره، آیه ۱۷۹.

۵۸. طبرسی، الاحتجاج، ج ۲، ص ۳۱۹.

و برای شما ای امت محمد(ص) در حق قصاص، حیات است؛ زیرا کسی که می خواهد قتلی را مرتکب شود وقتی بداند که قصاص می شود [نوعاً] خویشتن داری می کند و به این قتل، اقدام نمی کند و این [اولاً] موجب حیات است برای کسی که اهتمام به قتل او کرده بود و [ثانیاً] موجب حیات برای کسی است که می خواست مرتکب قتل شود و منصرف گردید و [ثالثاً] موجب حیات است برای غیر این دو از مردم که وقتی حکم قصاص را بدانند [نوعاً] از ترس قصاص، جرأت و جسارت بر قتل نمی یابند [و ترس از قصاص، مانع از اندیشه جنایت و قتل در آنها می شود تا چه رسد به این که بخواهند آن را عملی کنند.]

امیرالمؤمنین(ع) نیز می فرماید:

الْقَتْلُ يُقِلُّ الْقَتْلَ، فَأَنْزَلَ اللَّهُ «وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ»؛^{۵۹}

کشتن [قاتلان] موجب کم شدن کشتن [بی گناهان] می شود. خداوند

می فرماید: «ای خردمندان، شما را در قصاص زندگانی است».

در ادامه با تفصیل بیشتری به ویژگی های خاص قصاص و امور مرتبط با آن

می پردازیم.

۶. قصاص و حق بزه دیده

هر جنایت حداقل سه طرف دارد که قانون با توجه به آنها باید وضع شود. این سه طرف عبارتند از: بزه کار، بزه دیده و جامعه. به نظر می رسد نگاه مخالفان قصاص، ناشی از تمرکز بر وضعیت بزه کار و غفلت از موقعیت بزه دیده و جامعه است. تردیدی نیست که در بسیاری از موارد با وقوع یک جنایت ظالمانه، مجنی علیه - در صورت زنده ماندن - و بستگان و دوستان وی متألم و متأثر می شوند و حس طبیعی و انسانی مجازات مجرم در آنان زنده می گردد. عموم

۵۹. طوسی، الامالی، ص ۴۹۴.

مردم حس می کنند که مجرم باید مجازات و تنبیه شود و اگر احساس کنند که مجازات در نظر گرفته شده در قانون برای شخص بزهکار، کم و نامتناسب است، علاوه بر اینکه اعتماد به قانون از دست می رود این امر می تواند موجب کاهش آرامش روانی و گاه دست زدن آنان به انتقام شخصی شود. انکار مطالبه مجنی علیه و وابستگان او، می تواند جامعه را دچار آسیب و هرج و مرج کند.

ممکن است گفته شود: باید افراد جامعه به درجه ای از فرهنگ رسانیده شوند که به دنبال مجازات و تنبیه مجرم نباشند و با خود کنار بیایند. در این صورت می گوئیم: اصل مطالبه مجازات با عدالت طلبی مرتبط است و نمی توان عدالت و حق بزه دیده را نادیده گرفت و آن را حذف کرد و چنین امری خود غیراخلاقی و ظالمانه است؛ علاوه بر این، جایی که خانواده مقتول عفو نمی کنند - به استثنای موارد خاص - می تواند حاکی از این باشد که فرهنگ سازی درست انجام نشده و یا مؤثر واقع نشده است؛ لذا با وجود خواهش دیگران برای عفو، صاحبان حق هر چه کرده اند نتوانسته اند با بخشیدن قاتل، کنار آیند؛ و این یعنی اگر حق قصاص را از آنان بگیرد، به احتمال قوی به اقدام شخصی علیه قاتل و وابستگان وی دست می زنند. (دقت فرمایید)

همین وضعیت در سطح دیگری نیز قابل تصور است. جامعه از وقوع یک جنایت، متأثر می شود و گاه اجرا نشدن مجازاتی مناسب با یک جرم بسیار وحشیانه، علاوه بر کاهش بازدارندگی قوانین، موجب تلقی بی عدالتی در عموم جامعه می گردد. این وضعیت، مطلوب مجرمان است و می تواند موجب افزایش تمایل به جرم شود. باید توجه داشت که توجه عاطفی غیرعاقلانه و جانبدارانه نسبت به مجرمان و غفلت از حقوق اولیه بزه دیدگان و سایر افراد جامعه و بی توجهی به فواید جمعی اعمال مجازات مجرمان، نقش تأثیرگذار مجازات ها را در اجتماع کم رنگ می کند.

یکی از ویژگی‌های حق قصاص این است که با سپردن حق بخشش یا قصاص جانی به خانواده بزه دیده و تأکید و تحریص بر عفو و بخشش قاتل، به تناسب وضعیت روحی و تألمات آنان عمل می‌نماید. امیرالمؤمنین (ع) در روایتی به اهمیت و اولویت اصل «عدالت» در اداره جامعه که ضامن مصلحت همگان است تأکید می‌کنند. و در پاسخ به این پرسش که به عنوان یک اصل اولی و حاکم، آیا عدالت برتر است یا بخشش؟ می‌فرمایند:

العدل یضع الأمور مواضعها، والجود یخرجها من جهتها. والعدل سائسٌ عامٌّ، والجود عارضٌ خاصٌّ. فالعدل اشرفهما وافضلهما؛^{۶۰}

عدالت امور را در جای خود قرار می‌دهد و [چنانچه بنا باشد] بخشش [اصل اولی و حاکم بر عدالت و ناقض آن باشد] آنها را از جای خود خارج می‌کند. عدالت تدبیر و قانونی عمومی است و بخشش، پدیده‌ای عارضی و خاص است. پس از میان این دو، عدالت برتر و ارزشمندتر است. [و بخشش تا جایی فضیلت دارد که به عدالت آسیب نرساند]

در این روایت شریف، به عدالت در عرصه اجتماعی به عنوان یک اصل اولی، اولویت داده شده است (که البته نافی اولویت بخشش در عرصه فردی نیست).

مزیت دیگری که در سپردن این حق به خانواده مقتول وجود دارد، در نظر گرفته شدن شرایط وقوع جرم است. توضیح اینکه مجرمان و جانیان از نظر انگیزه، شرایط روانی، تربیتی و فرهنگی متفاوتند. به همین سبب گاهی در میان آنان کسانی یافت می‌شوند که با توجه به همه عوامل تأثیرگذار درونی و بیرونی و نوع و کیفیت جنایت واقع شده، عموم انسان‌ها، هیچگونه احساس ترحم و دلسوزی در تخفیف شدیدترین مجازات‌ها نسبت به آنها ندارند؛ بلکه گاهی عموم مردم در مورد

۶۰. نهج البلاغه، ص ۴۹۵، کلمات ۴۲۹.

کسانی که مرتکب کشتارهای جمعی و جنایات فجیع شده‌اند بر این باورند که اعدام یا قصاص آنها تنها می‌تواند مجازات بخش کوچکی از جنایات آنها باشد. نکته اینجاست که بی‌رحمانه بودن و نبودن جنایت، شرایط روحی قاتل، انگیزه قتل و مانند آن نوعاً برای تصمیم نسبت به عفو، از سوی خانواده مقتول و تصمیم‌گیری آنان نسبت به قاتل، ملاحظه می‌گردد؛ علاوه بر این که تحمل و ظرفیت بزه‌دیده و صاحب حق، رعایت می‌شود و روشن است که بر فرض تراحم میان حق بزه‌دیده و لطف بر بزه‌کار باید حق بزه‌دیده مقدم شود.

نگاه احساسی و عاطفی جامعه به مجازات‌ها (آن هم فقط با ملاحظه هنجارشکنان، متجاوزان و جانیان و غفلت از رعایت حال قربانیان و آسیب‌دیدگان) در فرهنگ‌ها و تمدن‌های گوناگون، می‌تواند در نوع مجازات تأثیرگذار باشد. از اینکه قرار باشد انسانی در معرض مجازات شدید قرار گیرد، احساسات در همه انسان‌های مسئولیت‌پذیر برانگیخته می‌شود و برای وی می‌گردد؛ اما تردیدی نیست که اهداف وضع مجازات‌ها، فراتر از تأثیرات آن بر عواطف و احساسات جامعه (آن هم به شکل یک سویه و در جانب جنایتکاران و مجرمان) است. اهدافی مانند ارباب مجرم و بازداشتن او از ارتکاب دوباره جرم، ارباب و جلوگیری آحاد جامعه از ارتکاب جرم، اصلاح و تربیت مجرم و کاهش تنش‌های روانی و جبران خسارات مادی و معنوی بزه‌دیده در حد امکان نیز مورد نظر قانون‌گذار است. قانون‌گذار می‌بایست با توجه به همه عوامل تأثیرگذار در تعیین مجازات، به تشریع قوانین کیفری اقدام کند و مراقب باشد عواطف و احساسات یک سویه او مانع از تصمیمی عادلانه، عاقلانه و هدفمند نشود.

جزوه توجیهی سازمان عفو بین‌الملل از تعابیر عاطفی نسبت به جنایتکاران سرشار است؛ تعابیر دارای بار احساسی و عاطفی در مورد مرتکبان جرایم سنگین

و مجازات آنها^{۶۱} که به نظر می‌رسد مبنا قرار دادن این نوع نگاه، با مصالح جامعه، حقوق انسانی، عواطف بزه‌دیدگان و حتی مصالح کلان خود بزه‌کاران نیز مغایرت دارد. برخی از تعبیرات استفاده شده سازمان عفو عبارت است از: کشتن به نام عدالت^{۶۲}، قتل خون‌سردانه و قاسیانه^{۶۳}، نهایت انکار حقوق بشر^{۶۴}، غیر انسانی، نهایت ستمگری^{۶۵} و بی‌رحمی، تنبیه خوارکننده^{۶۶}، شکنجه و ... این تعابیر، تمرکز بر روی طرف بزه‌کار است در حالی که به نظر می‌رسد سازمان مذکور باید میزان بازدارندگی مجازات‌ها در حفظ سلامت اجتماع و نیز وضعیت روحی و احساسی خانواده بزه‌دیده را نیز بررسی و ملاحظه می‌کرد.

۷. وضعیت اعدام شده در جهان بینی آخرت باور

بسیاری از مردم جهان به وجود جهانی و رای این دنیا باور دارند اما در نگاه سکولار، نه تنها در هیچیک از مناسبات اجتماعی به این باور توجه نمی‌شود، بلکه همچون کسی که منکر و مخالف وجود خداوند و جهانی دیگر است طراحی‌ها صورت می‌گیرد. حقوق سکولار با وجود آنکه ادعا می‌کند خنثی است اما در عمل خنثی نبوده و در آن بسیاری از قوانین، بر مبنای وجود نداشتن خداوند و آخرت وضع می‌شود. گرچه به نظر می‌رسد بدون باور به آخرت هم اهمیت بازدارندگی مجازات مرگ آن قدر برای کشته نشدن انسان‌های بی‌گناه اهمیت دارد که نمی‌توان

۶۱. جزوه مذکور با عنوان The Death Penalty, Questions and Answers تیرماه ۱۳۹۳

از این مسیر قابل دریافت است:

<http://www.amnesty.org/en/library/info/ACT50/010/2007>

62. in the name of justice.

63. cold - blooded killing.

64. ultimate denial of human rights.

65. ultimate cruel.

66. degrading punishment.

از آن صرف نظر کرد؛ اما از نگاه آخرت باور، وضعیت مقداری متفاوت است؛ چراکه اعدام قاتل، به معنای پایان زندگی او نبوده؛ بلکه مرحله دیگری از زندگی را در جهانی دیگر آغاز می کند. اگر قبل از مرگ، توبه حقیقی کرده باشد، بخشیده شده از دنیا می رود و اگر تا آخرین لحظه و با وجود لحظه شماری برای مرگ، توبه نکند (که البته بعید است)، یعنی فرصت رشد در دنیا برای او سودمند نبوده و به حکمی عادلانه، حکیمانه و عادلانه به مرحله بعد منتقل می شود و حداقل اینکه از سقوط بیش تر (به ویژه در شرایط بد ناشی از زندان^{۶۷}) در امان خواهد بود. اگر بعد از ابراز پشیمانی بخشیده شود، آن بخشش (که در پی پشیمانی ممکن شده) می تواند در وی چنان تأثیری گذارد که شرمناک به سیر مادی و معنوی دنیا بازگردد.^{۶۸} روشن است در چنین وسعتی و با توجه به چنین حقیقتی، تشخیص اینکه چه چیزی بهتر است، بسیار پیچیده می باشد و عقل^{۶۹} و وحی که هر دو از

۶۷. ر. ک: ب. ۱۲. ۲. مقایسه آثار «زندان» با «قصاص».

۶۸. مناسب است پژوهش های حقوقی- جامعه شناختی دیگری برای رصد کردن این تحول بزرگ، تعریف و محقق گردد.

۶۹. بقره، آیه ۲۲: «إِنَّ شَرَّ الدَّوَابِّ عِنْدَ اللَّهِ الصَّمَّ الْبُكْمُ الَّذِينَ لَا يُعْقِلُونَ؛ بدترین جنبندگان نزد خدا، افراد کر و لالی هستند که اندیشه نمی کنند.»؛ الملک، آیه ۱۰: «وَقَالُوا لَوْ كُنَّا نَسْمَعُ أَوْ نَعْقِلُ مَا كُنَّا فِي أَصْحَابِ السَّعِيرِ؛ و می گویند: اگر ما سخن نبوش یا خردورز می بودیم در زمره دوزخیان نبودیم.»؛ کلینی، الکافی، ج ۱، ص ۱۰، ح ۲: «عَنْ عَلِيٍّ (ع) قَالَ: هَبْطَ جَبْرِئِيلُ عَلَى آدَمَ (ع) فَقَالَ: يَا آدَمُ إِنِّي أَمَرْتُ أَنْ أَخْبِرَكَ وَاحِدَةً مِنْ ثَلَاثٍ فَأَخْتَرَهَا وَدَعَا الثَّانِيَيْنِ فَقَالَ لَهُ آدَمُ: يَا جَبْرِئِيلُ وَمَا الثَّلَاثُ؟ فَقَالَ: الْعَقْلُ وَالْحَيَاءُ وَالذِّينُ فَقَالَ آدَمُ: إِنِّي قَدْ اخْتَرْتُ الْعَقْلَ فَقَالَ جَبْرِئِيلُ لِلْحَيَاءِ وَالذِّينِ: انْصَرِفَا وَدَعَاهُ فَقَالَا: يَا جَبْرِئِيلُ إِنَّا أَمَرْنَا أَنْ نَكُونَ مَعَ الْعَقْلِ حَيْثُ كَانَ قَالَ: فَشَاتَاكُمَا وَعَرَجَ؛ حضرت جبرئیل بر حضرت آدم (ع) نازل شد و گفت: ای آدم من مأمور شده ام تا تو را منبیر کنم تا از میان سه امر یکی را برگزینی و دو تا را رها کنی. حضرت آدم (ع) گفت: آن سه چیست؟ حضرت جبرئیل گفت: عقل و حیاء و دین. حضرت آدم (ع) فرمود: من عقل را اختیار کردم. پس حضرت جبرئیل به دین و حیاء

جانب حضرت حق (جل و علی) بوده و منتج به احکام الهی است در این زمینه به کمک بشریت آمده است.

گویا پیش فرض بسیاری از کسانی که با مجازات اعدام و قصاص نفس مخالف هستند، انحصار حیات و وجود انسان در زندگی دنیوی و انکار زندگی پس از مرگ است. با چنین پیش فرضی مجازات مرگ مساوی با معدوم کردن حقیقت وجود انسان و نابودی کامل اوست، در حالی که با اعتقاد به جهان پس از مرگ، اعدام و قصاص نفس، چیزی جز قطع تعلق و ارتباط روح انسان از بدن مادی و آغاز زندگی جدید برای روح نیست. پس حداقل مطمئن هستیم مجازات مرگ در اندیشه مادی (یا سکولار که تبلور عملی اندیشه مادی در علوم انسانی است)، شدیدتر و بسیار دشوارتر از اندیشه معتقد به جهان پس از مرگ جلوه می کند و گویا جهان بینی مادی، نقش تاثیرگذاری در مخالفت بسیاری از معاصران، با قانون قصاص دارد. متأسفانه دنیای سکولار نه تنها از دیدن یا قبول این باورهای دینی عاجز است؛ بلکه سعی بسیار می کند تا حق طبیعی و الهی امت اسلامی را برای عمل کردن بر اساس نگرشی که آن را منطقی و عقلانی و حکیمانه یافته است مورد انکار قرار دهد و دیدگاه های خود را (هر چند غیر منطقی و غیر عقلایی) با انواع فشارها به دیگران تحمیل کند.

> گفت که حضرت آدم را ترك و وی را رها کنند. دین و حیاء گفتند: ای جبرئیل ما [از سوی حضرت حق] امر شده ایم که با عقل باشیم و هر کجا عقل هست حضور داشته باشیم [و هرگز تحت هیچ شرایطی عقل را رها نکنیم] حضرت جبرئیل فرمود [بسیار خوب] ملزم به آن باشید و عروج کرد. ۲؛ همان، ص ۱۱، ح ۶: «قَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ (ع): مَنْ كَانَ عَاقِلًا كَانَ لَهُ دِينٌ وَمَنْ كَانَ لَهُ دِينٌ دَخَلَ الْجَنَّةَ؛ کسی که عاقل است دین دار است و کسی که دین دار است داخل بهشت می شود.» و در اخبار آمده که محبوب ترین خلق در نزد خدا عقل است و حضرت حق (جل و علی) چیزی برتر از عقل در بین بندگان، تقسیم نکرده است و کسی که عقل ندارد دین ندارد و اینکه حجت بین بندگان و خدا عقل است. ر. ک: کلینی، الکافی، ج ۱، ص ۱۰-۲۹، كِتَابُ الْعَقْلِ وَالْجَهْلِ؛ حرعاملی، وسائل الشیعة، ج ۱۵، ص ۲۰۴-۲۰۹، باب ۸ بَابُ وَجُوبِ طَاعَةِ الْعَقْلِ.

۸. عفو در حق قصاص

یکی از زیباترین جلوه‌های حق قصاص، توصیه‌های اکید و تحسین برانگیز بر عفو در این حق است که نتیجه آن تحول بزرگ به سوی زیبایی‌هایی است که بر مجنی علیه، عفوکنندگان، جامعه بشری و جنایتکاری که مورد عفو قرار گرفته است آشکار می‌شود.

قصاص، حقی است برای مجنی علیه و ولی دم؛ از این رو صاحب حق قصاص می‌تواند مجرم را قصاص نکند؛ بلکه این حق را به دیه تبدیل کند و یا حتی می‌تواند جانی را مورد عفو مجانی قرار دهد. گزارش‌هایی از جلوه‌های سراسر احساس و طلب عفو در «لحظات بخشش جانی توسط خانواده مقتول» وجود دارد که در سراسر جهان امروز، بی‌نظیر است و در کمال تأسف، تلاش قابل قبولی برای انعکاس فرهنگی آن نشده است. در جامعه ما، حضور بزرگان، فرهیختگان، شخصیت‌ها، نویسندگان، هنرمندان، ورزشکاران و مانند آن نزد خانواده مقتول و خواهش از آنان برای عفو قاتل، تصویر انسانی و تقویت روحیه عفو و رحمت در جامعه است که به برکت طراحی حکیمانه در حقوق اسلامی حاصل شده و حیاتی دیگر برای جامعه است.

البته نکته مهمی که باید در اینجا یادآور شویم این است که وارد کردن فشارهای اجتماعی و اهانت به خانواده مقتول و قاتل خواندن آنان در موردی که حاضر به بخشش قاتل نیستند عملی نادرست و موجب از بین رفتن کارکرد بازدارنده قصاص می‌باشد و به نوعی حمایت از جنایتکاران و قهرمان کردن جانپان مجازات شده است. متأسفانه این رویکرد در برخی فعالان اجتماعی و خبرگزاری‌ها مشاهده شده که ناشی از نشناختن کارکردهای قصاص در حیات بخشی به فرد و جامعه است.

در هر حال تشویق به عفو به طور قابل توجهی در حق قصاص وجود دارد.

حضرت حق (جَلَّ وَ عَزَّ) در آیه شریفه ۱۷۸ سوره بقره، بعد از بیان حکم قصاص نفس، به عفو اشاره می‌فرماید و در ضمن آن، رابطه «برادری» میان صاحب حق قصاص و عفو شده را مورد تصریح قرار می‌دهد (برادر دانستن قاتل از سوی خانواده مقتول که مورد عفو آنان قرار گرفته بسیار اعجاب برانگیز است) و از این طریق، فضای پرمحبت و امن انسانی و الهی را که با جنایت مخدوش شده است به جامعه بر می‌گرداند:

فَمَنْ عَفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبِعْ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدِّ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ
مِنْ رَبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ ۷۰

و هر کس که از جانب برادر [دینی] اش [یعنی ولی مقتول]، چیزی [از حق قصاص] به او گذشت شود، [باید از گذشت ولی مقتول] به طور پسندیده پیروی کند، و با [رعایت و] احسان، [خونیه‌ها را] به او بپردازد. این [حکم] تخفیف و رحمتی از پروردگار شماست.

همچنین در قرآن کریم علاوه بر اینکه بر ظلم و تجاوز از این حق، هشدار شدید داده شده به عفو و صبر و رحمت در آن، ترغیب و تشویق فراوان شده است:

وَكُتِبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنْ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ
بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ ... ۷۱

و در [تورات] بر آنان مقرر کردیم که جان در مقابل جان، و چشم در برابر چشم، و بینی در برابر بینی، و گوش در برابر گوش، و دندان در برابر دندان می‌باشد و زخم‌ها [نیز به همان ترتیب] قصاصی دارند. و هر که از آن [قصاص] گذشت کند، پس آن، کفّاره گناهان او خواهد بود. و کسانی که به موجب آنچه خدا نازل کرده داوری نکرده‌اند، آنان خود ستمگرانند.

۷۰. بقره، آیه ۱۷۸.

۷۱. مائده، آیه ۴۵.

وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ وَلَئِنْ صَبَرْتُمْ لَهُوَ خَيْرٌ لِلصَّابِرِينَ^{۷۲}
و اگر [در موارد قصاص و نحو آن خواستید] عقوبت کنید پس به مانند آنچه
مورد تعدی قرار گرفته اید عقوبت نمایید، و حتماً اگر صبر کنید [به کلی
بخشید یا تخفیف دهید] بی تردید آن برای صبرپیشگان بهتر است.

وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا فَمَنْ عَفَا وَأَصْلَحَ فَأَجْرُهُ عَلَى اللَّهِ^{۷۳}
و مجازات هر بدی، بدی ای است همانند آن. پس اگر کسی عفو کند و [میان
خود و خدا و خود و طرف خود را] اصلاح نماید پاداش او بر عهده خداست، حقاً
که او ستمکاران را [ابتداء کنندگان به بدی و متجاوزان در کیفر را] دوست ندارد.
حتی اسلام عزیز، تشویق بر گذشت و رحمت را تا جایی توسعه و ارتقا
می دهد که می فرماید:

وَلَا تَسْتَوِي الْحَسَنَةُ وَلَا السَّيِّئَةُ ادْفَعْ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ فَإِذَا الَّذِي بَيْنَكَ وَبَيْنَهُ
عَدَاوَةٌ كَأَنَّهُ وَلِيٌّ حَمِيمٌ^{۷۴}

و هرگز امر نیک [از اعتقاد و کردار و گفتار] با امر بد یکسان نیست [پس
بدی هایی را که به تو می رسد] با بهترین روش دفع کن، به طوری که به ناگاه
آنکه میان تو و او دشمنی است [چنان شود که] گویی دوستی گرم و
خویشاوند است.

در کلام نبی رحمت و مکرم اسلام (ص) و ائمه معصومین (علیهم السلام) نیز
توصیه و تشویق به عفو، گذشت، احسان، عدم مقابله به مثل در بدی ها و بلکه دفع
نازیبایی ها با حسنات و زیبایی ها، به روشنی و در حد کمال دیده می شود.^{۷۵}

۷۲. نحل، آیه ۱۲۶.

۷۳. شوری، آیه ۴۰.

۷۴. فصلت، آیه ۳۴.

۷۵. ر. ک: حرعاملی، وسائل الشیعة، ج ۲۹، ص ۱۱۹، باب ۵۷، بَابُ أَنَّهُ يُسْتَحَبُّ لِلْوَلِيِّ
الْعَفْوُ عَنِ الْقِصَاصِ أَوْ الصَّلْحُ عَلَى الدِّيَةِ أَوْ غَيْرِهَا.
<

این عفو و گذشت زمینه ای می شود تا قاتل جنایتکار به موجودی انسانی تبدیل گردد و به وسیله توبه از قعر درنده خوئی «من قتل نفساً... فكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعاً؛ کسی که نفسی را به قتل برساند... چنان است که گویی همه انسانها را کشته است»^{۷۶} خارج شود و به اوج قله های انسانی و محبوب شدن حضرت حق صعود کند «إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ التَّوَّابِينَ وَيُحِبُّ الْمُتَطَهِّرِينَ؛ خداوند، توبه کنندگان را دوست دارد، و پاکان را دوست دارد»^{۷۷}؛ «الَّذِينَ تَابُوا وَآمَنُوا وَعَمِلُوا صَالِحًا فَأُولَٰئِكَ يُبَدِّلُ اللَّهُ سَيِّئَاتِهِمْ حَسَنَاتٍ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا؛ مگر کسانی که توبه کنند و ایمان آورند و عمل صالح انجام دهند، که خداوند گناهان آنان را به حسنات مبدل می کند و خداوند همواره آمرزنده و مهربان بوده است»^{۷۸}؛ بنابر این می تواند موجب حیاتی دیگر در او شود.

نکته مهم دیگر این است که چون انتخاب قصاص و عفو، متعلق به صاحبان حق قصاص است و آنها هستند که باید در مورد مجازات مجرم، تصمیم بگیرند، این امر زمینه ساز رشد اخلاقی برای آنان می شود؛ زیرا هر پدیده ای که مبتنی بر اراده آزاد انسان باشد و وی در آن حق انتخاب داشته باشد، می تواند زمینه و مقدمه ای برای تعالی اخلاقی او شود. عبارت «لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ» در کلام زیبای حضرت حق که فرمود «وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَوةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ» می تواند اشاره ای حکیمانه به این تحول ممکن برای مجنی علیه و اولیای دم نیز باشد.

۹. ارزیابی عنصر مادی و معنوی حق قصاص از منظر فلسفه حقوق

تردیدی نیست که در حق قصاص، میان نفس مجازات و عنصر مادی عمل

۷۶. مائده، آیه ۳۲.

۷۷. بقره، آیه ۲۲۲.

۷۸. فرقان، آیه ۷۰.

مجرم، تناسب کامل وجود دارد؛ اما آنچه مورد اشکال مخالفان است ناعادلانه بودن مجازات با در نظر گرفتن عنصر معنوی و روانی جرم است؛ زیرا مجرمان از جهت عنصر معنوی جرم و شرایط درونی و بیرونی تأثیرگذار بر آنان با یکدیگر متفاوتند؛ به گونه‌ای که در میان آنها دو مورد مشابه که از هر جهت مانند هم باشند یافت نمی‌شود. این شرایط در قضاوت اخلاقی انسان‌ها نسبت به میزان مذمت و تقصیر مجرم، تأثیرگذار است و همین امر موجب می‌شود که وجدان اخلاقی انسان‌ها در صورت اطلاع و اشراف کامل بر همه ابعاد این شرایط در مجرمان، نسبت به هر یک قضاوت متفاوتی داشته باشد. این بدان سبب است که در اخلاق، جزئیات خاص در هر مورد، به شکل شخصی دیده می‌شود و با کم‌ترین تغییر در فرد و موقعیت او، قضاوت اخلاقی در مورد رفتار او نیز می‌تواند تغییر کند. اما قانون به سبب حفظ نظم و ثبات در مقررات حاکم بر جامعه و روابط میان حکومت و مردم و نیز جلوگیری از سوء استفاده و بهانه تراشی‌های بی مورد متخلفان، ناچار است از این نگاه خاص و شخصی دست بردارد و مبنای قضاوت را بر اساس افراد به شکل نوعی (و نه شخصی)، پایه‌ریزی کند. چنین رویکردی در قضاوت‌های حقوقی، هرچند از دقت آن نسبت به قضاوت اخلاقی می‌کاهد، اما در برقراری نظم و ثبات در جامعه کارآمدتر است. در عین حال قوانین حقوقی می‌بایست مبتنی بر اصول اخلاقی و سازگار با آنها باشد.

حق قصاص یک ضابطه و قانون حقوقی است و همچون سایر قوانین حقوقی می‌بایست بر اساس قواعد عام پایه‌ریزی شود. در عین حال این قانون در اسلام با حفظ عمومیت، با اصول اخلاقی نیز سازگار است. قانون‌گذار در اسلام کوشیده است در تشریع مقررات مربوط به حق قصاص راه میانه‌ای را پیموده و از افراط و تفریط پرهیز کند. اسلام از سویی میان مهم‌ترین عوامل تأثیرگذار در عنصر معنوی جرم که شکل‌دهنده به قصد و اراده مجرم است و موجب دگرگونی کامل قضاوت

اخلاقی در مورد او می شود، فرق نهاده و قوانین متفاوتی را برای قصد عمد، شبه عمد و خطا وضع کرده است و قصاص را فقط در فرض اول (یعنی جنایت عامدانه و ظالمانه) جایز می داند. از سوی دیگر، با پرهیز از تأثیر شرایط جزئی آحاد مجرمان در وضع قوانین مربوط به جنایت، نظم و ثبات در قوانین را که موجب انضباط جامعه می شود، تأمین کرده است.

بنابراین قانون گذار در اسلام در مقام بیان قانون قصاص از اصول اخلاقی غفلت نکرده و آن دسته از اصول اخلاقی را که اهمیت بیش تری دارند و شکل حقوقی دادن به آنها، به نظم و انسجام قانون لطمه نمی زند ضمیمه قانون کرده و به عنوان قیود قانونی ذکر کرده است. در عین حال، سایر اصول اخلاقی را نیز از نظر دور نداشته و در مقام بیان قوانین جزائی، شیوه های پسندیده اخلاقی را نیز به طرفین دعوا یادآور شده است.

۱۰. مقایسه حق قصاص با انتقام جویی های زنجیره ای

گاه گفته می شود کشتن یک انسان برای مجازات، موجب ایجاد مجدد حس انتقام و خشونت شده و زمینه ساز خشونت ها و قتل های زنجیره ای دیگر می شود؛ لکن این اشکال جایی در قانون قصاص ندارد؛ زیرا با اجرای قصاص، حق قصاص دیگری به وجود نمی آید تا پیوسته این سلسله خون خواهی به شکل زنجیره ای ادامه یابد؛ بلکه امری که موجب خشونت و تجدید قتل و جنایت است خون خواهی برخاسته از حس انتقام جویی رایج میان جوامع جاهلی و بدوی - اعم از مدرن و غیر مدرن آن - است. در میان این گونه جوامع، اعمال شخصی یا گروهی مجازات، همراه با انتقام، تحقیر و در بسیاری از موارد فراتر از حد قصاص و گاه به شکل فجیع و به قصد اثبات برتری گروه، قبیله و نژاد، موجب پدید آمدن حس انتقام گیری دیگری در طرف مقابل می شود و این سلسله خون خواهی پیوسته ادامه می یابد.

حق قصاص نه تنها مصداق چنین سنت ناپسندی نیست، بلکه آن را نفی می‌کند؛ زیرا با حاکمیت حق قصاص در جامعه و پذیرش آن میان آحاد مردم، حس انتقام‌گیری برای آشنایان و خانواده قاتلی که به مجازات قصاص رسیده بی‌مورد است و آنان نیز پذیرفته‌اند که قاتل، مستحق قصاص بوده است؛ همچنین به اولیای دم، اجازه داده نمی‌شود تا از حد قانونی خود تجاوز نمایند و به شکل فجیع و یا همراه با آزار و شکنجه و تحقیر، دست به انتقام زنند و از حق قصاص، تجاوز کنند.^{۷۹} از همه مهمتر اینکه در اسلام قتل و جنایت، در بسیاری از موارد حتی با استیفای حق قصاص نیز پاسخ داده نمی‌شود؛ بلکه جانی مورد عفو و رحمت الهی از سوی صاحب حق قصاص قرار می‌گیرد.

۱۱. مقایسه حق قصاص با مجازات‌های جایگزین

حذف قصاص از نظر هیچ کشوری به معنای حذف مجازات نیست؛ بلکه بدون استثنا، جایگزینی برای آن در نظر می‌گیرند. در این بخش برای جمع‌بندی نکات، به مقایسه مجازات‌های جایگزین شده قصاص در حقوق کیفری جهان امروز می‌پردازیم تا از این رهگذر، دقت‌ها و تعالی مجازات اسلامی قصاص بیش‌تر روشن شود. مجازات‌های شایع و معمول برای جنایت قتل، به جای قصاص، عبارت است از: اعدام و زندان‌هایی که ابد و یا طولانی مدت است. این دو مورد را در دو مبحث با حق قصاص، مقایسه می‌کنیم:

الف. تفاوت «اعدام» با «حق قصاص»

قبل از ورود به این بحث باید توجه داشت که موضوع نقد ما در اینجا مجازات

۷۹. برای نمونه ر. ک: مواد ۴۳۶ تا ۴۳۹ و ۴۴۱ تا ۴۴۳ و ۴۴۵ و ۴۱۸ و ۴۲۰ و ۴۲۱ ق.م.ا. مصوب ۱۳۹۲.

«اعدام» در قوانین عرفی و بشری به جای «حق قصاص» در اسلام است نه نقد سایر اعدام‌ها در قوانین عرفی و بشری اگرچه سایر اعدام‌هایی که در قوانین غیر اسلامی کشورهای غربی و غیر غربی وجود دارد نیز قابل نقد و چالش جدی است؛ لکن جایگاه اصلی طرح آن در این کتاب نیست و بایسته است در کتاب حدود به آن پرداخته شود و احکام و تفاوت‌ها و مزایای بی بدیل و حکیمانه و عقلانی حدود به جای این اعدام‌ها به شکل مبسوط بیان گردد.^{۸۰}

یک. بازگشت بزهکار به جامعه

بر اساس قانون اعدام، بازگشت بزهکار به جامعه پس از تحقق جنایت، ناممکن است. جانی پس از اقدام به قتل می‌داند که مجازات اعدام، مجازات قطعی اوست و برای برون رفت از این مجازات حتی به صورت احتمالی، راهی ندارد. از سوی دیگر وی می‌داند که با انجام هر جنایت دیگری، وضعیت او تغییر نخواهد کرد و اشد مجازات (اعدام) در کمین اوست؛ لذا پس از قتل اول، در بسیاری از موارد علی‌رغم عذاب وجدانی که پس از جنایت اول پدید آمده است، انگیزه‌ای برای بازگشت به جامعه و فضای انسانی ندارد و حتی ممکن است برای فرار از مجازات و یا با انگیزه‌های دیگر، دست به جنایات و قتل‌های بیش‌تری بزند و بر تنفر وی از افراد و جامعه افزوده شود و ناامنی و جنایت تشدید گردد.

برخلاف قانون اعدام و مطابق قانون قصاص، جانی پس از اقدام به قتل و عذاب وجدان در پی آن، امید به بخشش از سوی اولیای دم دارد و همین امر

۸۰. چنان‌که پیشتر اشاره شد جرم‌های سنگینی که اسلام برای آنها اعدام حدی، قرار داده است با اعدام در سایر نظام‌های حقوقی دنیا، از لحاظ کیفی و کمی بسیار متفاوت است. احکام اعدام حدی در اسلام برخلاف احکام اعدام در سایر نظام‌های کیفری دنیا، بسیار محدود و دارای شرایط سخت اثبات است و در همین مقدار بسیار کم نیز از امکان بخشش بسیار و راهکارهای اصلاح مجرم و برگشت او به جامعه انسانی و تعالی، برخوردار است. برای ملاحظه اجمالی این بحث ر. ک: ذیل ب. ۱. و یژگی‌های حق قصاص.

می تواند از تقابل و تنفر او نسبت به افراد و جامعه بکاهد و مانع برانگیخته شدن حس انتقام از دیگران و جنایت های بعدی در او شود؛ علاوه بر اینکه وی می داند به هر مقدار بر جنایاتش افزوده شود، احتمال بخشش در صاحبان حق قصاص کاهش می یابد و لذا نوعاً دست به جنایت های بعدی نخواهد زد. پس از دستگیری اگر جانی مطابق توصیه های اکید اسلام، مورد عفو قرار گیرد، همگان از حیات مادی و معنوی ناشی از حق قصاص، منتفع می شوند و چنانچه مورد بخشش قرار نگیرد و قصاص شود، دیگران و جامعه، قبل و بعد از اجرای قصاص در ناامنی و آسیب کمتری از سوی جانی بالفعل و جانیان بالقوه قرار می گیرند و این نیز توسعه ای دیگر در حیات است که ناشی از حق قصاص است. آیه شریفه «وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَوةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ» می تواند اشاره ای بر این امر حیاتی باشد.

دو. پذیرش عفو شده از سوی جامعه

با توجه به اینکه در قانون قصاص، حق عفو برای صاحب حق قصاص وجود دارد، هنگامی که بزهکار، مورد عفو بزه دیده یا اولیای دم قرار می گیرد و به جامعه بر می گردد، فضای عفو می تواند روابط بین اطراف دعوا و وابستگان آنان (خانواده مقتول) را تلطیف کند و مانع از ایجاد حقد و کینه و آتش انتقام، بلکه مانع تحقیر شدن بزهکار در جامعه شود؛ زیرا همه حس می کنند مجرم، تا پرتگاه مرگ رفته است و هنگامی که از سوی صاحبان این حق، مورد عفو قرار گرفته است، دیگران آسان تر باید بتوانند او را در میان خود بپذیرند و وی را ببخشند. شاید واژه «حیوة» و عبارت «لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ» در کلام زیبای حضرت حق که فرمود: «وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَوةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ» اشاره ای حکیمانه به این امر نیز باشد.

سه. تنش های روانی بازماندگان مقتول

از آنجا که در قانون قصاص، مجنی علیه و اولیای دم تصمیم گیرنده اصلی و سرنوشت ساز در امر قصاص هستند، اگر جانی قصاص شود، با اراده آنان این امر

محقق شده است و لذا موجب تشفی خاطر بیش تری در آنها و خاموش شدن حس انتقام و بغض آنان خواهد بود و چنانچه آنان بزهکار را مورد عفو و رحمت قرار دهند، احساس رضایت و عمل کریمانه، آثار جنایت را به مقدار زیادی در روح و روان بزه دیده و وابستگان وی کاهش می دهد، در حالی که ممکن است در مجازات اعدام، خانواده مقتول، هنوز حق انتقام از خانواده جانی را برای خود محفوظ بدانند.

چهار. تأثیرات عفو بر بزهکار

عفو از سوی بزه دیده یا اولیای دم، موجب شرمندگی و اصلاح بزهکار خواهد بود و بسیار بعید است که وی برای بار دیگر دست به قتل بزند؛ زیرا مدتی را در آستانه مرگ گذراندن، تذکر و تنبه بزرگی است؛ به ویژه اینکه او به شکل عقلایی می داند که ارتکاب جنایت عمدی دیگری پس از این عفو، احتمال بخشش را از سوی صاحب حق به شدت کاهش می دهد؛ لذا خویشتن داری بیشتری می کند و آرامش و امنیت در فرد و جامعه گسترده تر و پایدارتر خواهد بود.^{۸۱} شاید واژه «حیوة» و عبارت «لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ» در کلام زیبای حضرت حق که فرمود «وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَوةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ» اشاره ای حکیمانه به این امر نیز باشد.

حق قصاص که همراه با ترجیح و تشویق صاحب حق به عفو از آن است، در حد امکان، حقوق بزه دیده، بزهکار و جامعه را با هم تأمین می کند و این حقوق با هم و به شکل حداکثری رعایت می شود؛ بر خلاف حکم اعدام که در بهترین

۸۱. بر اساس این نکته و نکاتی که در مقایسه با مجازات زندان بیان خواهد شد باید توجه داشت که مقرر کردن زندان های طولانی مدت و قرار دادن تعزیر سنگین برای قاتل عفو شده، خاصیت حیات بخش قصاص را از بین می برد، بلکه در واقع، این امر، تبدیل حقیقت حیات بخش حق قصاص به یکی از دو مجازات غیر اسلامی و پر از مفسده در باب جنایات (یعنی زندان های طولانی مدت و اعدام حتمی) است که باید از این امر غیر عقلایی و نامشروع به شدت احتراز شود.

وضعیت، فقط مقداری از حقوق جامعه و بزه دیده در آن تأمین می شود.

پنج. آثار ناخواسته اعدام قطعی

در قانون اعدام، جایی برای اختیار اولیای دم و مجنی علیه وجود ندارد و قاتل در هر صورت با رأی دادگاه اعدام می شود. این اعدام گاه نه تنها توان جبران جنایت و آثار سوء عمل جانی را ندارد، بلکه آسیب بیش تری را بر مجنی علیه و اطرافیان او و جامعه تحمیل می کند. برای مثال اگر قاتل و مقتول از یک خانواده باشند و یا از لحاظ عاطفی، اجتماعی و مانند آن بسیار به هم نزدیک و وابسته باشند؛ نظیر آنکه برادری در عصبانیت لحظه ای، برادر خود را به قتل برساند و یا زنی، همسر خود را در این صورت، اگر بزهکار به شدت پشیمان و مورد علاقه و محبت خانواده بزه دیده باشد و یا به هر دلیل دیگری نخواهند اعدام شود راهی وجود ندارد و در این صورت، نه تنها اعدام بزهکار، مشکلی را حل نمی کند، بلکه این امر، خانواده بزه دیده را دچار رنج مضاعف عاطفی، اقتصادی، اجتماعی و مانند آن می کند. با اعدام جانی گاه فرزندان مجنی علیه علاوه بر از دست دادن پدر، از نعمت مادر نیز محروم می شوند و یا والدین مقتول، فرزند دوم خود را نیز از دست می دهند. برخلاف حکم عادلانه، حکیمانه و رحیمانه قصاص که تصمیم در این امر به بزه دیده و اولیای دم (یعنی کسانی که نوعاً بیش ترین آسیب را از جنایت دیده اند) سپرده شده و حضرت حق (جل و علی) امکان عفو از سوی آسیب دیدگان را در آن قرار داده است. «فَمَنْ عَفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبِعْ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدِّ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِنْ رَبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ».^{۸۲} و ظاهراً این باز مصداق دیگری از حیات مورد اشاره در «وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَوةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ» است.

ب. مقایسه آثار «زندان» با «حق قصاص»

دنیای غرب، زندان‌های طولانی مدت، ابد و گاه همراه با اعمال شاقه را به عنوان بخش اصلی مجازات‌های کیفری توصیه و به شدت بر آن پافشاری می‌کند^{۸۳}. می‌خواهیم نشان دهیم حق قصاص در مقایسه با زندان (که البته معمولاً در جرم‌های مشابه، مدت آن بسیار طولانی یا ابد می‌باشد) دارای آسیب کمتری است؛ بلکه زندان دارای آثار وحشتناکی است که در بسیاری از موارد غیر قابل جبران است. این نکته کلیدی را نیز نباید فراموش کرد که اگر بازدارنده تر بودن قصاص را بپذیریم، با قصاص یک انسان، احتمال آنکه چندین انسان به زندان ابد دچار نشوند، بسیار قابل توجه است. بنابراین در حقیقت باید آثار قصاص یک نفر را با آثار زندان ابد چندین انسان مقایسه کنید (یک به چند)؛ هرچند در اینجا آثار زندان و قصاص را تنها در حالت یک به یک مقایسه کرده ایم.

همچنین باید توجه داشت بسیاری از نکاتی که در بخش (تفاوت‌های «اعدام» با «حق قصاص» گذشت و برتری‌های حق قصاص نسبت به اعدام را روشن کرد، برای مقایسه «حق قصاص» با «زندان» و نشان دادن برتری‌های این حق، نسبت به زندان نیز قابل توجه و کاراست؛ لکن از ذکر آنها در این بخش (تفاوت‌های «زندان» با «حق قصاص» پرهیز می‌شود و فقط به نکات جدید و اضافه بر آن پرداخته خواهد شد.

تفاوت آثار و تبعات مجازات زندان با آثار و تبعات حق قصاص و مزایای حق

قصاص بر زندان، عبارت است از:

۸۳. نظیر قانون مجازات فرانسه، ماده ۱- ۲۲۱: عملی که به طور ارادی منجر به مرگ دیگری شود جرم قتل به شمار آمده و مستوجب ۳۰ سال حبس جنایی با اعمال شاقه است.
- ماده ۲- ۲۲۱: قتلی که همراه با، یا در پی جنایت دیگری ارتکاب یافته باشد مستوجب حبس جنایی دائم با اعمال شاقه است.
- ماده ۳- ۲۲۱: قتل ارتكابی همراه با سبق تصمیم قتل عمد به شمار می‌آید و مستوجب حبس دائم با اعمال شاقه است.

یک. تبعات زندان برای خانواده زندانی

زندان، مجازاتی به شدت، غیر شخصی است. این مجازات علاوه بر بزهکار، در بسیاری از موارد، نزدیکان و خانواده وی را نیز به شکل غیرانسانی، تحت فشار قرار می دهد. ظاهراً بر همین اساس است که زندان در نظام کیفری اسلام از امور نادر و استثنایی است^{۸۴} و لذا باید مراقب بود که حتی در تعزیرات، این مجازات به شکل نادر و استثنایی مورد استفاده قرار گیرد، نه به شکل گسترده و فراوان و نه به عنوان یک مجازات پایه و اساسی در نوع تخلفات، آن چنان که در دنیای غرب بر آن تأکید و اصرار می شود.

از جمله فشارها و مجازات های غیر شخصی و غیرانسانی در مجازات زندان آن است که این مجازات در بسیاری از موارد برای مدت بسیار طولانی، همسر جانی را از شوهر، محروم می نماید و وی را مجبور می کند تا تمام یا بیش تر جوانی و عمر خود را در محرومیت عاطفی و به دور از مواهب و حمایت های همسر به سر برد. چنانچه زن بخواهد از شوهر قاتل خود جدا شود تا همسر دیگری اختیار کند تحت عذاب وجدان و فشارهای احتمالی خانواده و جامعه قرار می گیرد و باید اتهام خودخواهی، بی وفایی و مانند آن را به دوش کشد و چنانچه بخواهد به

۸۴. البته گاه بین واژه «حبس» و واژه «سجن» خلط شده و «حبس» در کلمات معصومین (ع) به غلط، زندان (سجن) معنا شده که ممکن است این توهم را ایجاد کند که زندان در اسلام یک مجازات شایعی است؛ لیکن باید توجه داشت که بین زندان (سجن) با «حبس» تفاوت های اساسی وجود دارد. برخلاف آن چه در زندان (سجن) مقصود می باشد و کارکرد آن به عنوان کیفر و مجازات مورد ملاحظه است؛ «حبس» بازداشت و ایجاد نوعی محدودیت است که مقصود اولی از آن، مراقبت از جامعه و جلوگیری از آسیب رساندن محبوس به خود و دیگران است نه وسیله ای برای مجازات و کیفر او. این حبس می تواند در خانه، محل کار و زندگی محبوس باشد بدون آنکه موجب محرومیت او از حقوق انسانی و اولیه اش گردد و تا حد امکان، بهره مندی حداکثری وی از زندگیش حفظ شود.

همین نحو ادامه دهد، با فشارهای عاطفی، روحی، اجتماعی، اقتصادی و شرمندگی از جانی و زندانی بودن همسر مواجه است؛ بدون آنکه در بسیاری از موارد، نقشی در قتل و جنایت او داشته باشد.

فرزندان قاتل از دیگر کسانی هستند که در بسیاری از موارد از زندانی بودن طولانی و پر از حقارت پدر، دچار آسیب شدید خواهند شد؛ اینان از یک طرف در عمل از نعمت وجود پدر، محروم هستند و از طرف دیگر ملایم رنج اند و باید شرمندگی در زندان بودن پدر و جانی بودن او را همواره به دوش کشند و با این مشخصه تحقیرآمیز در میان بستگان، اطرافیان و جامعه شناخته شوند.

در حق قصاص اگر بزهکار بخشیده شود، بخشش وی آسیبی به دیگران وارد نمی‌کند؛ بلکه پدر را به فرزندان و فرزند را به والدین و همسر را به همسر باز می‌گرداند و همه اینها با عفو و رحمت و تکریم، همراه است نه با ذلت و حقارت و تحقیر. و چنانچه قصاص اجرا شود، آسیب‌هایش بسیار کم‌تر و غیر قابل قیاس با آسیب‌های زندان طولانی بر اطرافیان خواهد بود و حداکثر آن است که فرزندان جانی، پدر از دست داده‌اند (که البته این هم آسیب کمی نیست اما مقایسه نسبی مورد نظر است). در گذر زمان اصل جریان و انتساب آنان به جنایت و جنایتکار به فراموشی سپرده می‌شود؛ نه اینکه فرزندان در هر لحظه، پدری داشته باشند که به قتل و جنایت، متصف است و محروم از پاسخ به نیازهای اولیه انسانی و حتی حیوانی در گوشه‌ای از زندان، ذلیلانه و حقیرانه در حال پوسیدن باشد؛ همسرش با گذشت زمان و یا با مهاجرت و نقل مکان، می‌تواند ازدواج کند و زندگی دوباره‌ای را آغاز کند و پس از مدتی همه رنج‌ها و حقارت‌ها به‌بوته فراموشی سپرده شود. وضع برای سایر وابستگان وی نیز مشابه همین خواهد بود.

زندان حتی امکان و فرصت فراموشی و خلاص شدن از این رنج و حقارت را در گذر زمان، نیز به اطرافیان نمی‌دهد.

دو. تأثیرات اخلاقی و روانی زندان بر زندانی

مجازات زندان برای خود جانی نیز مجازاتی غیرانسانی و ظالمانه است. در تمام مدتی که او در زندان به سر می برد، نیازهای انسانی، عاطفی، محبتی و جنسی اش در نظر گرفته نمی شود و به طور مستمر، سرکوب و یا به صورت غیرمشروع و خارج از کارکرد طبیعی ارضا می شود و نوعاً موجب آسیب و سقوط بیش تر و دور شدن او از مرزهای انسانی و الهی می گردد.

امید است با فهم فلسفه حقوق اسلامی بتوان راهکارهایی برای زدودن یا کاهش زندان و افزایش سطح زندگی انسانی و اخلاقی یافت. برخی از آسیب هایی که زندانی در معرض آن می باشد عبارت است از:

۱. تجاوز جنسی در زندان

تجاوزهای جنسی در زندان ها، به عنوان یکی از مشکلات جدی زندان مطرح است. مقصود از تجاوز جنسی، ارتباطات جنسی آگاهانه و مخفیانه زندانیان (که البته این هم از آسیب های اخلاقی قابل توجهی است) نمی باشد؛ بلکه مقصود، تعرض جنسی با خشونت و زور و در غالب موارد با وارد کردن آسیب های جسمی به زندانی است. برای نمونه در کشور آمریکا، در سال ۲۰۰۳ تحقیقی انجام شد که موجب شد از سال ۲۰۰۴ تاکنون آمارهای مربوط به تجاوز جنسی در زندان های این کشور ثبت و پایش گردد.^{۸۵} مؤسسه ملی اصلاح آمریکا،^{۸۶} وزارت دادگستری

^{۸۵}. پایگاه اداره آمریکا دادگستری آمریکا، طی گزارشی با عنوان:

“Sexual Victimization Reported by Adult Correctional Authorities” تیرماه

۱۳۹۳ که از آدرس ذیل قابل دریافت است:

<http://www.bjs.gov/index.cfm?ty=pbdetail&iid=4882>

^{۸۶}. مؤسسه ملی اصلاح آمریکا (the National Institute of Corrections) به آدرس اینترنتی

<http://nicic.gov>

آمریکا^{۸۷} و اداره آمار دادگستری آمریکا^{۸۸} از جمله مراکزی هستند که در این زمینه فعالیت می کنند. تا آنجا که مرکز ملی جلوگیری از تجاوزات جنسی در زندان های آمریکا،^{۸۹} به طور تخصصی در این زمینه به ارائه اطلاعات مبادرت می کند. بر اساس مدارك اداره آمار دادگستری آمریکا تعداد تعرضات جنسی ادعا شده از ۶۲۴۱ مورد در سال ۲۰۰۵ به ۸۷۶۳ مورد در سال ۲۰۱۱ افزایش ۳۳ درصدی یافته است. تعداد تجاوزهای جنسی اثبات شده نیز در سال ۲۰۱۱ نسبت به موارد مشابه در سال ۲۰۰۵ به مقدار ۱۷ درصد افزایش یافته است.^{۹۰} طبق برآورد همین مستند، ۴۴ درصد این موارد با زور فیزیکی و بقیه از طریق خوراندن دارو، الککل، فریب و دیگر روش ها انجام شده است.^{۹۱} طی تحقیقی که در دانشگاه داکوتای جنوبی در آمریکا انجام شده است، از جامعه آماری ۱۷۸۸ زندانی، ۴ درصد در سه سال اخیر و ۷ درصد در طول مدت زندانی خود، حداقل یک بار قربانی تجاوز جنسی شده اند؛ ۱۶ درصد گفته اند که در بند جاری آنان چنین اتفاقی افتاده و ۲۱ درصد اظهار کرده اند که درگیری با تماسی جنسی به اجبار را تجربه کرده اند.^{۹۲}

۸۷. وزارت دادگستری آمریکا (US Department of Justice) به آدرس اینترنتی www.justice.gov

۸۸. آدرس اینترنتی <http://www.bjs.gov>

۸۹. مرکز ملی جلوگیری از تجاوزات جنسی در زندان (PREA Resource Center) به آدرس

اینترنتی: <http://www.prearesourcecenter.org>

۹۰. پایگاه اداره آمریکا دادگستری آمریکا، طی گزارشی با عنوان

‘Sexual Victimization Reported by Adult Correctional Authorities, 2009-11

صفحه اول که در سال ۲۰۱۴ منتشر شده و تیرماه ۱۳۹۳ از آدرس ذیل قابل دریافت است:

<http://www.bjs.gov/indes.cfm?ty=pbdetail&iid=4882>

۹۱. همان.

۹۲. مقاله ای با عنوان: Sexual Coercion Rates In Seven Midwestern Prison Facilities

For Men نویسندگان: David Struckman - Johoson و Cidny Struckman - Johnson

آسیب‌های مادی تحمیلی بر ایالات متحده آمریکا به دلیل تجاوزهای جنسی در زندان‌های این کشور، سالیانه ۵۲ میلیارد دلار برآورد شده است. فهرست برخی از این آسیب‌ها به شرح ذیل بیان شده است: آسیب‌های ذهنی، آسیب‌های پزشکی، اختلال در کارکرد، کاهش شاخص‌های کیفیت زندگی، انتقال بیماری‌های مقاربتی، بارداری ناخواسته، اقدام به خودکشی، هزینه‌های دادرسی و ...^{۹۳}. درباره مشکلات جنسی به این نکات توجه شود که ترس و ناامنی از در معرض تعرض بودن و نیز ارتباطات جنسی دوطرفه که جزو تجاوزهای جنسی محسوب نمی‌شود و از این آمارها خارج می‌باشد اما در نگاه ما موجب سقوطهای اخلاقی و شاخصه ناسلامتی جنسی است، همگی وضعیت‌های وحشتناکی است که در زندان‌های به اصطلاح پیشرفته امروز با وجود همه کنترل‌ها و توجه‌ها اتفاق می‌افتد.

۲. خودکشی در زندان

خودکشی زندانیان نیز، یکی دیگر از مشکلات جدی و قابل توجه در زندان‌هاست که با توجه به اینکه محیط زندان محیطی کنترل شده بوده و هزینه‌های قابل توجهی برای کاهش تنش‌های منجر به خودکشی صرف می‌گردد، نشان از فشارهای روحی قابل توجه بر زندانیان دارد.

در دو کشور برآورد شده قاره اقیانوسیه، حدود یک پنجم مرگ و میرها در

> منتشر شده در مجله The Prison جلد ۸۰، شماره ۴، دسامبر ۲۰۰۰، صفحات ۳۷۹-۳۹۰،

صفحه اول انتشارات Sage.

مقاله یاد شده از مسیر ذیل قابل دریافت است.

<http://www.justdetention.org/pdf/struckman.pdf>

۹۳. مستند راهکارهای علیه تجاوز جنسی در زندان‌های آمریکا صفحه دوم که در تاریخ ۱۷

می ۲۰۱۲، توسط وزارت دادگستری آمریکا، اداره برنامه ریزی دادگستری تولید و تیرماه

۱۳۹۳ از آدرس ذیل قابل دریافت است:

<http://oip.org/documents/gsh/pdfs/pred-Viapdf>

زندان، از طریق خودکشی زندانی اتفاق می افتد. در ۱۷ کشور منطقه شمال غرب و جنوب غرب اروپا، حدود یک چهارم مرگ های زندان، در اثر خودکشی اتفاق می افتد. بر اساس متوسط گیری نامتقارن از پنج منطقه دنیا، در هر ۱۰۰ هزار نفر زندانی ۴۳ نفر خودکشی می کنند در حالی که از هر ۱۰۰ هزار انسان در دنیا به طور متوسط ۱۶ نفر خودکشی می نمایند؛ یعنی خودکشی در زندان، تقریباً ۳ برابر بیش تر اتفاق می افتد.^{۹۴} در سال ۲۰۱۱، ۵/۵ درصد مرگ ها در زندان های فدرال آمریکا، در اثر خودکشی بوده است و خودکشی، علت ۳۵ درصد از مرگ ها در زندان های محلی برآورد شده است.^{۹۵} در بازه سال ۲۰۰۰ تا ۲۰۰۹، ۲۹ درصد مرگ های اتفاق افتاده در حبس، در اثر خودکشی بوده است.^{۹۶}

۳. قتل در زندان

در برخی مناطق جهان، آمار قتل های زندان نیز قابل تأمل است. در قاره آمریکا حدود یک سوم از مرگ های زندان، حاصل قتل است.^{۹۷}

۹۴. مطالعات جهانی قتل، دفتر مواد مخدر و جرم سازمان ملل متحد، ۲۰۱۳، صفحه ۹۷؛ تیرماه ۱۳۹۳ قابل دریافت از پایگاه رسمی این دفتر و از آدرس:

http://www.unodc.org/documents/gsh/pdfs/2014_GLOBAL_HOMICIDE_BOOK_web.pdf

۹۵. مدرك رسمی اداره آمار وزارت دادگستری آمریکا با عنوان Mortality in Local Jails and State Prisons, 2000_2011، انتشار آگوست ۲۰۱۳ - صفحات ۷ و ۱۹ - این مدرك در تیرماه ۹۳ بر آدرس ذیل موجود بود:

<http://www.bjs.gov/content/pub/pdf/mljsp0011.pdf>

۹۶. مدرك رسمی اداره آمار وزارت دادگستری آمریکا با عنوان: Prison and Jail Deaths in Custody, 2000-2009، انتشار دسامبر ۲۰۱۱، صفحه ۲، این مدرك تیرماه ۹۳ بر آدرس ذیل موجود بود:

<http://www.bjs.gov/content/pub/pdf/pjdc0009st.pdf>

۹۷. مطالعات جهانی قتل، دفتر مواد مخدر و جرم سازمان ملل متحد، ۲۰۱۳، صفحه ۹۷؛

۴. حرفه‌ای شدن

آشنا شدن با باندهای جنایت و آموزش حرفه‌ای جنایت، معتاد شدن و عضویت در این باندها و یارگیری برای جرم و جنایت از دیگر آسیب‌های جدی «زندان» است؛ زندانی که امروزه به عنوان مجازات پایه، مورد توجه غرب قرار گرفته است و به شدت بر آن اصرار می‌ورزد.

شاید گفته شود به هر حال به زندان نیاز داریم و چاره‌ای جز قبول این مشکلات برای زندان نبوده و تنها کاری که می‌توانیم انجام دهیم، کاهش صدمات و لطمه‌های زندان است. سخن اینجاست که وجود برخی از احکام اسلامی (و نه الزاماً اجرای آنها) می‌تواند با بازدارندگی خود، تعداد زندانیان را کاهش دهد و در برخی موارد و در مورد جرایم سنگین، با اعدام یا بخشش اصلاحی مجرم، سطح زندگی انسانی و اخلاقی را سقوط ندهد؛ به ویژه آنکه اگر در چارچوب الهی و اسلامی به موضوع بنگریم، حق قصاص به نحوی است که در صورت عفو، جانی نوعاً به شکل فطری به مرزهای انسانی و الهی نزدیکتر می‌شود و با سلامت نسبی بیش‌تری به جامعه بر می‌گردد و حتی در صورت عدم عفو و اجرای قصاص، خود را مستحق قصاص می‌بیند و قبل از اینکه به فضای آلوده و تبعات غیرانسانی زندان در غلطد و فطرتش آسیب بیش‌تری ببیند، در بسیاری از موارد با توبه^{۹۸} و طهارت^{۹۹}

> تیرماه ۱۳۹۳ قابل دریافت از پایگاه رسمی این دفتر و از آدرس:

http://www.unodc.org/documents/gsh/pdfs/2014_GLOBAL_HOMICIDE_BOOK_web.pdf

۹۸. خصوصاً آن که رحمة للعالمین و حضرت رسول رب العالمین (ص) فرموده: «النَّدَمُ تَوْبَةٌ» (من لا یحضره الفقیه، ج ۴، ص ۳۸۰، ح ۵۸۱) و در این موارد؛ پشیمانی فطری و وجدانی بسیار دیده شده است.

۹۹. چنان که حضرت حق (جل و علی) فرمود: «إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ التَّوَّابِينَ وَيُحِبُّ الْمُتَطَهِّرِينَ» (بقره، آیه ۲۲۲) و حضرت باقر العلوم (ع) فرموده است: «التَّائِبُ مِنَ الذَّنْبِ كَمَنْ لَا ذَنْبَ لَهُ». (الکافی، ج ۲، ص ۴۳۵، ح ۱۰)

به جهان آخرت انتقال می‌یابد و یا حداقل با سقوط و خسارت کم‌تر انسانی، دنیای کوتاه و فانی را به سوی جهان ابدی و باقی ترك می‌کند. شاید واژه «حَیَوَة» و عبارت «لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ» در کلام زیبای حضرت حق که فرمود: «وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَیَوَةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ» اشاره‌ای حکیمانه به این امر نیز باشد.

سه. خطرات زندان برای جامعه انسانی

زندان‌ها نوعاً موجب ازدیاد تنفر و نفرت بزهکار از دیگران و جامعه می‌شود و حس انتقام را افزایش می‌دهد؛ خصوصاً که شخص جنایتکار، به دلیل طولانی بودن زندان و دیدن جنایتکاران دیگر در اطراف خود کم‌کم قبح و نازیبایی جنایت خود را فراموش می‌کند و پشیمانی و عذاب وجدان ابتدایی را از دست می‌دهد؛ سپس احساس می‌کند که ظالمانه مجازات می‌شود و به دلیل یک خطا، عمری را باید تاوان پس دهد و تحقیر شود. وی می‌بیند که تقریباً تمام یا بیش‌تر عمر خود را باید با محرومیت، نسبت به بسیاری از نیازهای ابتدایی انسانی و به مانند حیوان یا پست‌تر از آن، در قفس جنایتکاران بگذراند.

له شدن غرور زندانی در برابر قدرت تحقیرکننده زندان، حس کرامت انسان‌ها را نشانه می‌گیرد و این یعنی تولید و پرورش انبوه و سیستمی بغض، نفرت، ناامنی و جنایت در بین انسان‌ها و خطرآفرینی دائمی و افزایش لحظه به لحظه آن در جامعه انسانی؛ که آثار آن، گاه در همین زندان‌ها و گاه در خارج از زندان در مثل مدارس، خانواده‌ها و جنگ‌ها از نوع غربی آن به خوبی خود را نشان می‌دهد. روشن است کسانی که در این زندان‌ها پرورش یافته‌اند می‌توانند غیرانسانی‌ترین کارها را به راحتی و با لبخند و به شکل سازمانی؛ حتی نسبت به کودکان و زنان بی‌گناه در جامعه خود و جامعه جهانی مرتکب شوند.

چهار. آسیب‌های روحی خانواده مقتول

در مواردی که قتل با نقشه قبلی، بی‌رحمانه و وحشیانه صورت می‌گیرد،

خانواده مقتول، حس می کنند بدون «مجازات به مثل» برای قاتل، راه دیگری نمی تواند موجب عبرت دیگران و داغ دار نشدن خانواده های مشابه گردد و مجازاتی به غیر از مرگ با جرم چنین قاتلی، تناسب ندارد. عدم تشفی و آرامش خانواده و وابستگان مقتول به دلیل زنده بودن قاتل، بدون همراهی عفو از سوی آنان، تصور خوش بودن قاتل در زندان، ناراحتی از نقش نداشتن آنان در مجازات یا عفو قاتل و یا احساس برنده شدن قاتل به دلیل زنده بودن او و زنده نبودن عزیزشان، از دیگر تبعات آسیب زا و نازیبای زندان و نبودن حق قصاص است.

پنج. زندان و بازگشت تحقیرآمیز مرتکب به جامعه

جانی پس از آزاد شدن از زندان طولانی مدت، در جامعه همچنان به عنوان یک مجرم سابقه دار و با عنوان قاتل و جانی، شناخته می شود و دائماً ننگ زندانی بودن مجرمانه را با خود به دوش می کشد. امری که در بسیاری از موارد، مانع از پذیرش بزهکار از سوی جامعه و حتی خانواده او می شود؛ علاوه بر اینکه دور بودن از فضای جامعه و سپری کردن عمر در میان مجرمان برای مدت بسیار طولانی و از دست دادن بسیاری از پاکی ها و کرامت های انسانی در زندان و غالب شدن آلودگی ها و سقوط اخلاقی در زندان، در مجموع موجب می شود که پذیرش بزهکار برای جامعه سخت و گاه غیرممکن گردد. همه اینها می تواند رنج و بغض و نفرت و حس انتقام را در بزهکار ایجاد و یا آن را تقویت کند و او را به سوی غیرانسانی تر شدن و جنایت بیش تر سوق دهد و به دیگران نیز آسیب رساند.

شش. زندان و قتل های سازمان یافته

جهان هنوز هم از جرایم و قتل های سازمان یافته و یا مرتبط با گروه های تبهکاری رنج می برد. مسئله جنایات سازمان یافته و مرتبط با گروه های تبهکاری، یکی از دغدغه ها و مسائلی است که ارتباط قابل توجهی با وقوع قتل در برخی کشورها و به ویژه کشورهای قاره آمریکا دارد. بر اساس آمار تقریبی «مطالعات

جهانی قتل، دفتر مواد مخدر و جرم سازمان ملل متحد» برای فاصله سال ۲۰۰۵ تا ۲۰۱۱، حدود ۳۰ درصد از کل قتل‌های صورت گرفته در قاره آمریکا (آمار ۱۸ کشور)، به صورت سازمان یافته یا مرتبط با گروه‌های تبهکاری است. حدود ۱۹ درصد از قتل‌های ایتالیا، ۲۳ درصد از قتل‌های ژاپن، ۳۴ درصد از قتل‌های استرالیا از این نوع است. ۵۸ درصد از قتل‌های باهاماس^{۱۰۰}، ۴۷ درصد از قتل‌های پاناما و ... سازمان یافته یا مرتبط با گروه‌های تبهکاری می‌باشد.^{۱۰۱}

نکته اینجاست که وقتی قتل در ارتباط با گروه‌های تبهکاری صورت می‌گیرد، محاسبه هزینه و فایده به خوبی صورت می‌پذیرد؛ یعنی قاتل احتمال حمایت شدن خودش در داخل زندان و خانواده‌اش در بیرون از زندان را از سوی گروه مربوطه در نظر می‌گیرد. وی امیدوار است به علت وابسته بودن به آن گروه‌ها، راهی برای خلاصی ییابد. اما حق قصاص به شدت این محاسبه‌ها و تلقی‌ها را از میان بر می‌دارد؛ چراکه احتمال مرگ در برابر دیگر منافع، قابل مقایسه نبوده و شخص می‌داند که احتمال بخشیده شدنش توسط خانواده مقتول برای جنایات مرتبط با این گروه‌ها، بسیار پایین است؛ علاوه بر اینکه سازمان‌ها و گروه‌های جنایت‌کار و حرفه‌ای نوعاً محصول همین زندان‌هاست. با حق قصاص، تشکیل و ادامه چنین

۱۰۰. باهاما (The Bahamas) کشوری است انگلیسی زبان. این کشور با کشورهای ایالات متحده آمریکا، کوبا و هائیتی دارای مرز مشترک دریایی می‌باشد و شامل ۱۹ ایالت است. دین مردم آن عبارت است از باپتیست ۳۲ درصد، پروتستان ۴۰ درصد و کاتولیک ۱۹ درصد. باهاماس دارای حکومتی شبیه کانادا و استرالیا است. از نظر درآمد سرانه باهاما یکی از ثروتمندترین کشورهای قاره آمریکا است و در رتبه پس از ایالات متحده و کانادا قرار دارد. سواحل باهاما بیش از همه توریست‌های آمریکایی را جلب می‌کند.

۱۰۱. مطالعات جهانی قتل، دفتر مواد مخدر و جرم سازمان ملل متحد، ۲۰۱۳، صفحه ۴۳؛ تیرماه ۱۳۹۳ قابل دریافت از پایگاه رسمی این دفتر و از آدرس:

http://www.unodc.org/documents/gsh/pdfs/2014_GLOBAL_HOMICIDE_BOOK_web.pdf

سازمان و گروه‌هایی تقریباً از اساس ناممکن خواهد شد؛ زیرا با حق قصاص، اموری مانند، تکرار جنایت، از دست رفتن وجدان انسانی، حرفه‌ای شدن در جنایت، آموزش دیدن و سازماندهی شدن در زندان آن هم با خیال آسوده و با فراغت کامل از دغدغه‌های معیشتی، عملاً منتفی می‌گردد. از این رو به نظر می‌رسد توجه به حق قصاص می‌تواند بشریت را از این رنج دور سازد.

هفت. هزینه‌های سنگین زندان و بهره‌وری اندک

بالا بودن هزینه‌های زندان، اعم از هزینه‌های ساخت و نگهداری زندان، سیستم‌های حفاظتی، کارکنان زندان، تغذیه و دیگر هزینه‌های مادی زندان، رقم قابل توجهی می‌باشد.^{۱۰۲} از سوی دیگر، آسیب‌های روحی و معنوی که متوجه کارکنان اداری و حفاظتی زندان می‌شود و گاه آنان را به انسان‌های خشن، بی‌روح و افسرده تبدیل می‌کند، از دیگر هزینه‌ها و تبعات نازیبای مجازات زندان است. در حالی که می‌توان این هزینه هنگفت را در جهت ترمیم و جبران آسیب‌های مادی و معنوی ناشی از جنایت برای خانواده بزه‌دیده و بزه‌کار و در راستای فرهنگ‌سازی و پیشگیری از جرم و جنایت و خدمت به بشریت صرف کرد. با وجود همه این آسیب‌ها و هزینه‌های تحمیلی بر جامعه، مجازات زندان

۱۰۲. مؤسسه VERA مؤسسه‌ای تحقیقاتی است که در زمینه مؤثرتر کردن راهکارهای قضایی در آمریکا با دولت این کشور همکاری دارد و نتایج تحقیقات خود را به صورت محلی، ملی و جهانی عرضه می‌کند. برآورد این مؤسسه در سال ۲۰۱۲، آن است که سالیانه برای هر زندانی در کشور آمریکا حدود ۳۱ هزار دلار (۳۱۲۸۶ دلار هزینه صرف می‌شود. برای کشوری همچون آمریکا با بیش از یک میلیون و دویست هزار (۱۲۴۳۰۰۰) زندانی، این هزینه حدود ۳۹ میلیارد دلار در سال می‌باشد. همچنین مستند مربوطه در آدرس ذیل، موجود است:

http://www.vera.org/sites/default/files/resources/Price_of_Prisons_updated_version_072512.pdf

بازدارندگی قابل قبولی نیز ندارد (درباره میزان بازدارندگی و ابهامات آن، سخن گفتیم)؛ زیرا مرتکب قبل از انجام جنایت قتل، هزینه زندان رفتن را در برابر گرفتن جان قربانی خود، سنگین و حتی برابر نمی بیند؛ خصوصاً اگر تا به حال زندان نرفته و یا زندان طولانی مدت را تجربه نکرده باشد. همچنین توجه جانی به اموری مانند زنده ماندنش، به اتمام رسیدن مدت زندان، احتمال فرار شخصی یا باندی از زندان، احتمال تخفیف یا مورد عفو قرار گرفتن از سوی حکومت، احتمال پیگیری پرونده و تجدید نظر در مدتی که وی در زندان است (خصوصاً از راههای نامشروع و غیرقانونی) از دیگر اموری است که هزینه قتل و جنایت را در نظر جانی، کاهش می دهد و در نتیجه بازدارندگی زندان - علی رغم وجود هزینه های بسیار بالای مادی و معنوی آن - به شدت کاهش می یابد.

حق قصاص بر خلاف مجازات زندان، علاوه بر اینکه دارای تناسب کامل و عادلانه با جنایت است، از بالاترین بازدارندگی برخوردار می باشد. جانی قبل از جنایت می داند که هزینه جنایت سنگین او، مساوی با جنایت او و بسیار سنگین است و وی با ارتکاب قتل باید ریسک مرگ را با احتمال بسیار بالایی علیه خود بپذیرد؛ لذا چنین شخصی نوعاً جنایت و قتل را برای رسیدن به مقاصد خود انتخاب نمی کند و حتی در بسیاری از اوقات با توجه به حق قصاص، خشم خود را کنترل و مدیریت می کند و حتی در بسیاری از موارد به تصمیم بر ارتکاب جنایت نمی رسد و یا قبل از اقدام، منصرف می شود.

و چه زیبا فرمود حضرت حق (جَلَّ وَّعَزَّ) به صاحبان عقول:

وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَوةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ؛^{۱۰۳}

و برای شما در حق قصاص، حیات و زندگی است ای صاحبان خرد و

اندیشه! شاید که پرهیزکار شوید.

نتیجه

در این مقاله سعی بر این بود تا از قصاص که شرع مقدس اسلام، آن را به عنوان یک حق برای شخص بزه دیده و اولیای مقتول قرار داده است، دفاع عقلی و عقلایی صورت گیرد. لذا ابتدا حکمت ها و زیبایی های حق قصاص بیان شد و سپس در دو بخش مجزا به مقایسه اعدام با قصاص و مقایسه زندان با قصاص پرداخته شد و آسیب های شدید و ناعادلانه و غیر انسانی زندان و اعدام در حقوق عرفی تبیین گردید.

با توجه به مباحث مطرح شده توجه به دو نکته، مهم و ضروری به نظر می رسد:

۱. مقرر کردن زندان های طولانی مدت و قراردادن تعزیر سنگین برای جانی عفو شده، حقیقت بی بدیل «حق قصاص» و حکمت های الهی این حق را منهدم می کند؛ زیرا این کار برای مرتکبی که از سوی صاحب حق قصاص، عفو شده است حقیقت حیات بخش «حق قصاص» را به یکی از دو مجازات غیراسلامی سراسر خشونت و بدون بازگشت و انعطاف و خالی از رحمت زندان و اعدام تبدیل و برای همیشه جامعه را از برکات حق بزرگ الهی و انسانی قصاص، محروم خواهد کرد. علاوه بر اینکه همانگونه که با آمار و ارقام اشاره شد، بهره وری زندان برای پیشگیری از جرم و جنایت، بسیار کم و آسیب های آن بسیار زیاد و دهشتناک است.

با وضع قوانینی که دربردارنده مجازات زندان طولانی مدت یا ابد برای عفوشدگان می باشد، مرتکب بعد از خلاص شدن از یکی از احکام عرفی و بشری (اعدام قطعی) به حکم عرفی و بشری دیگری (زندان طولانی یا ابد) که مفسد و آسیب های آن، کمتر از حکم قبلی نیست محکوم می شود و عملاً همه کارکردهای حکم الهی قصاص از بین می رود؛ نتیجه آنکه در اینجا نیز مانند سایر کشورهای

غربی و غیر غربی که نظام حقوقی آنان از قانون متری و بی بدیل «حق قصاص» محروم است، جانی به مجازات زندان طولانی مدت و ابد با همه مفسد آن گرفتار می آید و یا مانند مرتکب در برخی دیگر از این کشورها به مجازات اعدام بدون امکان عفو و مصالحه محکوم می شود. بنابراین باید در وضع قوانین تعزیری در این زمینه دقت کافی از سوی رئیس قوه قضائیه، مجلس شورای اسلامی، شورای محترم نگهبان و همه افراد مسئول مبذول شود تا از قانون گذاری بی حساب و بدون مبنا در وضع حبس های سنگین به عنوان تعزیر در این موارد مانع گردند.

این مطلب در لایحه قانون مجازات اسلامی که زیر نظر دقیق یکی از مراجع عظام، تنظیم و به مجلس ارائه شده بود مورد توجه قرار گرفته بود و حبس های تعزیری در این بخش، بسیار طولانی و سنگین نبود. برای مثال در ماده ۲-۳۱۳ این لایحه آمده بود: «هرکس مرتکب جنایت عمدی نسبت به شخص محقون الدمی بشود و به هر علتی قصاص نشود، علاوه بر پرداخت دیه یا ارش، به تناسب جرم و مجرم در مورد قتل به حبس از ۳ تا ۵ سال و شلاق ۷۴ ضربه و در جنایت بر اعضا و منافع و جروح از موضعه به بالا به حبس از ۱ تا ۲ سال و در سایر جنایات، شلاق تا ۷۴ ضربه محکوم می گردد».

لازم به ذکر است در لایحه مذکور، سنگین ترین حبس تعزیری برای قتل عمد ۳ تا ۵ سال بود، در حالی که مشابه این جرم در قانون تعزیرات مصوب ۱۳۷۵ دارای ۳ تا ۱۰ سال حبس است. این امر نشان می دهد که نظر تخصصی این مجتهد و فقیه برجسته و مرجع تقلید هوشمند که یک دهه را در فضای جزا و در بالاترین مسئولیت قضایی گذرانده، کاستن از مدت زمان حبس های تعزیری در این بخش است نه افزایش غیر منطقی و بدون دلیل آن.

البته مناسب است در تعیین مجازات تعزیری، مواردی که عفو مجنی علیه یا ولی دم را داراست از مواردی که عدم امکان قصاص به دلیل دیگری مانند فقدان

شرایط قصاص است تفکیک شود و مجازات در موارد عفو، بسیار بسیار سبکتر قرار داده شود.

اگرچه پیش نویس «لایحه تعزیرات» که اداره تدوین لوایح قوه قضائیه سال‌ها قبل، تهیه آن را برعهده گرفته و در مراحل پایانی تدوین آن است دارای این اشکال می‌باشد که مجازات‌های حبس تعزیری در آن بسیار سنگین شده، لکن تقلیل و تفکیک مجازات حبس نسبت به عفوشدگان، مورد توجه تهیه کنندگان این پیش نویس بوده است و لذا در ماده ۲۵۵ آن (که از مواد پایانی بخش جرایم علیه تمامیت بدنی اشخاص می‌باشد) به شکل هوشمندانه‌ای آمده است: «در تمام موارد مندرج در این بخش اگر حسب مورد، مجنی علیه یا همه اولیای دم، گذشت کنند حداقل و حداکثر مجازات‌های پیش بینی شده، یک سوم مقادیر مزبور در مواد مربوط می‌باشد».

نویسندگان این پیش نویس از طریق این ماده توانسته‌اند کارکردهای عفو در حق قصاص را تا حدود قابل توجهی حفظ کنند. البته با توجه به مقادیر سنگین مجازات‌های حبس در این لایحه پیشنهاد می‌شود در این ماده، تقلیل به یک سوم به تقلیل تا یک پنجم اصلاح شود. همچنین برای جلوگیری از سوء استفاده از این ماده، تبصره‌ای به شرح ذیل به آن اضافه شود:

تبصره: گذشت ولی یا اولیای دمی که در امر جنایت، به شکل تبانی، معاونت یا مشارکت، دخالت داشته‌اند موجب کاهش در مجازات‌های مذکور نخواهد بود و از شمول این ماده خارج است.

۲. شرع مقدس اسلام برای جلوگیری از پایمال شدن خون افراد، دستور داده تا زمانی که شبهه‌ای در تعلق حدود یا قصاص به افراد وجود دارد، از حکم و اجرای آن خودداری شود که در فقه اسلامی از آن به قاعده «درء» تعبیر شده و به درستی در ماده

۱۲۰ قانون جدید مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲^{۱۰۴} جای گرفته است و یکی از امتیازات این قانون محسوب می شود. ولی وجود چنین قاعده و قانونی نباید موجب شود تا «حق قصاص» تعطیل یا به مثل تعطیل شود و در مقام عمل، حق قصاص به کلی کنار گذاشته شده و به دیه و تعزیر تبدیل گردد. بنابراین همانطور که نباید بدون توجه به قاعده «درء»، به قصاص افراد حکم کرد، باید دقت داشت که به کارگیری جاهلانه، غیرمشروع، وسواس گونه و بیش از حد و نابه جای این قاعده نیز موجب تعطیلی حق قصاص نشود؛^{۱۰۵} چراکه گرایش به هر طرف آثار زیان باری را به دنبال خواهد داشت که مسئولیت آن بسیار بزرگ و غیرقابل جبران است.

منابع و مآخذ

۱. قرآن کریم

۲. نهج البلاغه

۳. الاحتجاج، طبرسی، احمد بن علی (م. قرن ۶ هـ. ق)، نشر مرتضی، چاپ اول، مشهد-ایران، ۱۴۰۳ هـ. ق.

۴. اطبیب البیان فی تفسیر القرآن، طیب، سید عبدالحسین (م. قرن پانزدهم)، انتشارات اسلام، چاپ دوم، تهران، ۱۳۷۸ هـ. ش.

۱۰۴. ماده ۱۲۰- هرگاه وقوع جرم یا برخی از شرایط آن و یا هریک از شرایط مسئولیت کیفری مورد شبهه یا تردید قرار گیرد و دلیلی بر نفی آن یافت نشود حسب مورد، جرم یا شرط مذکور ثابت نمی شود.

۱۰۵. همانطور که متأسفانه در باب قصاص عضو چنین رویکرد و رویه ای پدید آمده است و دادگاه های ما عملاً این حکم حیات بخش را در جنایت بر عضو به تعطیلی کشانده اند. نتیجه آن شده که قانون حق قصاص در بخش قصاص عضو بازدارندگی و حیات بخشی خود را در ابعاد گوناگونی که ذکر آن در مقاله گذشت از دست داده و آمار جنایت در عضو بالا گرفته و هزینه های سنگین مادی و معنوی را به افراد و جامعه تحمیل کرده و می کند.

۵. الامالي، طوسی، ابو جعفر محمد بن الحسن (م. ۴۶۰ هـ.ق)، نشر دارالثقافة، چاپ اول، قم-ایران، ۱۴۱۴ هـ.ق.
۶. بررسی کیفر و احکام قصاص و تطور آن در اعصار و نزد ملل مختلف، حسن حسنی، مجله حقوق مردم، شماره ۲۹ و ۳۰، پاییز و زمستان ۱۳۵۱ هـ.ش.
۷. تاریخ تمدن، ویل دورانت، انتشارات علمی و فرهنگی، چاپ هفتم، ۱۳۸۰ هـ.ش.
۸. ترجمه تفسیر المیزان، موسوی همدانی، سید محمدباقر، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ پنجم، قم-ایران، ۱۳۷۴ هـ.ش.
۹. تفسیر الصافی، فیض کاشانی، ملا محسن، (قرن یازدهم)، انتشارات الصدر، تهران-ایران، ۱۴۱۵ هـ.ق.
۱۰. الدر المنضود في احکام الحدود، گلپایگانی، سید محمد رضا، نشر دارالقرآن الکریم، قم، چاپ اول، ۱۴۱۲ هـ.ق.
۱۱. الدية بين العقوبة و التعويض، عوض احمد ادريس، دار و المكتبة الهلال، چاپ اول، بیروت-لبنان، ۱۹۸۶ م.
۱۲. شرائع الاسلام في مسائل الحلال و الحرام، محقق حلی، نجم الدین جعفر بن الحسن، مؤسسه اسماعیلیان، قم، چاپ دوم، ۱۴۰۸ هـ.ق.
۱۳. عدالت کیفری در آیین یهود (مجموعه مقالات)، سلیمانی، حسین، مرکز مطالعات و تحقیقات ادیان و مذاهب، چاپ اول قم-ایران، ۱۳۸۴ هـ.ش.
۱۴. قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲.
۱۵. الکافي، کلینی، ابو جعفر محمد بن یعقوب بن اسحاق (م. ۳۲۹ هـ.ق)، دار الکتب الإسلامية، چاپ چهارم، تهران-ایران، ۱۴۰۷ هـ.ق.
۱۶. کتاب مقدس.
۱۷. الکشاف عن حقائق غوامض التنزيل و عیون الاقاویل في وجوه التأویل،

زمخشری، محمود، دارالکتاب العربی، بیروت، چاپ سوم، ۱۴۰۷ هـ. ق.

۱۸. الكشف و البیان عن تفسیر القرآن، ثعلبی نیشابوری، ابو اسحاق احمد بن ابراهیم، (قرن پنجم)، دار احیاء التراث العربی، بیروت- لبنان، چاپ اول، ۱۴۲۲ هـ. ق.

۱۹. گنجینه استفتائات قضایی (نرم افزار)، نسخه ۲، مؤسسه آموزشی و پژوهشی قضا (مرکز تحقیقات فقهی قوه قضائیه سابق)، قم، ۱۳۹۰ هـ. ش.

۲۰. مفاتیح الغیب، فخرالدین رازی، ابو عبدالله محمد بن عمر، (قرن ششم)، دار احیاء التراث العربی، بیروت- لبنان، چاپ سوم، ۱۴۲۰ هـ. ق.

۲۱. مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، شهید ثانی، زین الدین بن علی عاملی، مؤسسه المعارف الاسلامیه، قم، چاپ اول، ۱۴۱۳ هـ. ق.

۲۲. المفصل فی تاریخ العرب قبل الاسلام، جواد علی، دارالعلم للملایین، چاپ دوم، بیروت- لبنان، ۱۹۷۶ م.

۲۳. من لا یحضره الفقیه، شیخ صدوق، محمد بن علی بن بابویه قمی، (م. ۳۸۱ هـ. ق)، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ دوم، قم- ایران، ۱۴۱۳ هـ. ق.

۲۴. وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة، حرّ عاملی، محمد بن الحسن، (م. ۱۱۰۴ هـ. ق)، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، چاپ اول، قم- ایران، ۱۴۰۹ هـ. ق.

25. http://en.wikipedia.org/wiki/Amnesty_International

26. <http://nicic.gov>

27. http://ojp.gov/programs/pdfs/prea_ria.pdf

28. <http://www.amnesty.org/en/library/info/ACT50/010/2007>

29. <http://www.asriran.com>

30. <http://www.bjs.gov>
31. <http://www.bjs.gov/content/pub/pdf/mljsp0011.pdf>
32. <http://www.bjs.gov/content/pub/pdf/pjdc0009st.pdf>
33. <http://www.bjs.gov/index.cfm?ty=4882>
34. <http://www.justdetention.org/pdf/struckman.pdf>
35. <http://www.prearesourcecenter.org>
36. [http://www.statcan.gc.ca/daily-quotidien/131219/dq131219b - eng.htm](http://www.statcan.gc.ca/daily-quotidien/131219/dq131219b-eng.htm)
37. http://www.unodc.org/documents/gsh/pdfs/2014_GLOBAL_HOMICIDE_BOOK_web.pdf
38. [http://www.vera.org/sites/default/files/resources/downloads Price_of_Prisons_updated_version_072512.pdf](http://www.vera.org/sites/default/files/resources/downloads/Price_of_Prisons_updated_version_072512.pdf)
39. www.amnesty.org
40. www.justice.gov
41. www.statcan.gc.ca

مجازات اسیدپاشی

○ حسینعلی بای *

چکیده

اسیدپاشی عمدی از جمله جرایم خشن و غیر انسانی است که نسبت به مجازات مرتکب آن بین حقوقدانان اختلاف نظر وجود دارد. در نوشته پیش روی روشن شده است که مرتکب اسیدپاشی مطابق فتوای فقها و مقررات قانون مجازات اسلامی مصوب ۹۲ در صورت وجود شرایط، حسب مورد به قصاص نفس یا عضو محکوم خواهد شد و علاوه بر آن، اگر رفتار مرتکب، موجب ایجاد ناامنی و به وجود آمدن رعب و وحشت عمومی شود، مجازات محارب نیز در مورد او ثابت خواهد بود. نیز در صورتی که مرتکب، عمل خود را به دفعات تکرار کرده باشد، مجازات افساد فی الارض نیز با شرایطی قابل اعمال خواهد بود. علاوه بر این، در مواردی که مجرم تحت عنوان «محاربه یا افساد فی الارض» مجازات می شود، نسبت به پرداخت دیه نیز مسئولیت خواهد داشت.

کلید واژگان: اسیدپاشی، قصاص عضو، محاربه، افساد فی الارض، دیه، هزینه های

درمان

* عضو هیئت علمی پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.

۲. مقدمه

وقوع چندین مورد اسیدپاشی در ماههای اخیر که مصدومیت شدید تنی چند از هموطنانمان را در پی داشت، موجب تأثر عمیق آحاد افراد جامعه شد. انعکاس اخبار تکان دهنده مربوط به مصدومان این حوادث آنچنان موجب تهییج عواطف و احساسات عمومی شد که مجازاتی کمتر از اعدام مرتکبان، نمی توانست موجب اقناع و آرامش خاطر افراد اجتماع باشد. در این میان مسئولان مربوط نیز ضمن همراهی با این مطالبه عمومی و اذعان به لزوم مجازات شدید مرتکبان این جرم، به اظهار نظرهای متفاوت پرداختند.

وزیر دادگستری با تصریح به وجود ابهامات قانونی در خصوص جرم اسید پاشی اظهار داشت: «اگر اسیدپاشی موجب ترس عمومی شود مشمول فساد فی الارض است».^۱

رییس کمیسیون حقوقی و قضایی مجلس شورای اسلامی نیز در گفتگو با یکی از خبرگزاری ها بیان داشته اند: «اگر عمل اسیدپاشی در آن حدی باشد که موجب ترس و وحشت شود که اینگونه هم است مشمول اخافةالناس می شود و قاضی حتی می تواند حکم محارب را به آنها بدهد».^۲

دادستان کل کشور نیز ضمن هشدار به مرتکبان این گونه جرایم، عنوان می دارند: «اگر جرم به حدی برسد که موجب ترس مردم بشود می تواند عنوان

۱. خبرگزاری مهر، شناسه خبر: ۲۴۳۵۳۴۹ <http://www.mehrnews.com>. در برخی خبرگزاری ها

اظهارات وزیر دادگستری به این نحو منعکس شده است: «قوانین کنونی بدین صورت است که اگر جرمی موجب ترس عمومی شود «فساد فی الارض» محسوب می شود، در حالی که در همه موارد اسیدپاشی موجب ترس عمومی نمی شود؛ مانند موردی که اخیراً به خاطر انتقام شخصی اتفاق افتاده است. روزنامه ایران، کد خبر: ۴۱۸۷۳، تاریخ: ۱۳/۹/۱۳۹۳ <http://iran-newspaper.com> و

خبرگزاری ایرنا، کد خبر: ۸۱۴۱۲۰۰۶ <http://www.irna.ir>

۲. خبرگزاری فارس، شماره: ۱۳۹۳۰۹۱۳۰۰۴۰۱، ۱۳ آذر ۹۳ (<http://www.farsnews.com>)

محارب بگیرد؛ علاوه بر اینکه قصاص هم حتماً انجام می شود».^۳
 معاون اول قوه قضائیه نیز ضمن اذعان ضمنی به ابهام قوانین و مقررات در خصوص اسیدپاشی بیان می دارد:

ما در این زمینه در حال حاضر قانون خیلی شفافی نداریم که اسیدپاش را می توان به عنوان مفسد فی الارض یا محارب اعدام کرد یا خیر؟ البته فکر می کنم در ماده ۶۲۸ قانون مجازات اسلامی^۴ عبارتی دارد که از آن عبارت استفاده می کنند و می گویند شامل اسیدپاشی می شود و می توان متهم را اعدام کرد. اگر کسانی قاتل به همین ماده قانون مجازات اسلامی باشند می توانند اعدام کنند.^۵

اظهار نظرهای مزبور و برخی دیگر از نظرات ارائه شده توسط کارشناسان حقوقی معمولاً اتفاقاً و استحکام مورد انتظار از یک اظهار نظر علمی و حقوقی را ندارند و یا دست کم به صورت جامع و کامل به این موضوع و ابعاد آن پرداخته نشده است. از این رو، در نوشته حاضر بر آن شدیم تا با محور و چهارچوب قراردادن قوانین موجود، به بررسی فقهی و حقوقی جرم اسیدپاشی و مجازات آن پردازیم. پیش از ورود به بحث، متذکر می شویم تنها قانونی که در مورد اسیدپاشی وجود دارد «قانون مربوط به مجازات پاشیدن اسید» است که در بهمن ۱۳۳۷ به تصویب مجلس شورای ملی و در اسفند همان سال به تصویب مجلس سنا رسیده است. ماده واحده مزبور مقرر می دارد:

۳. واحد مرکزی خبر، ۱۳۹۳/۸/۳، <http://www.iribnews.ir>
 ۴. در استناد به این ماده، اشتباهی رخ داده است؛ زیرا نه ماده ۶۲۸ قانون مجازات اسلامی سابق و نه قانون مجازات اسلامی جدید، ارتباطی به این موضوع ندارد.
 ۵. خبرگزاری فارس، ۹۳/۹/۱۰، شماره ۱۳۹۳۰۹۱۰۰۰۹۵۲، <http://www.farsnews.com>
 کیهان، کد خبر: <http://kayhan.ir>

هرکس عمداً با پاشیدن اسید یا هر نوع ترکیبات شیمیایی دیگر موجب قتل کسی بشود، به مجازات اعدام و اگر موجب مرض دائمی یا فقدان یکی از حواس مجنی علیه گردد، به حبس ابد با اعمال شاقه و اگر موجب قطع یا نقصان یا از کار افتادن عضوی از اعضا بشود، به حبس مجرد از دو سال تا ده سال و اگر موجب صدمه دیگری بشود، به حبس مجرد از دو تا پنج سال محکوم خواهد شد. مجازات شروع به پاشیدن اسید به اشخاص، حبس مجرد از دو سال تا پنج سال است. در کلیه موارد مذکور در این ماده در صورت اجرای ماده ۴۴ قانون کیفر عمومی، بیش از یک درجه تخفیف جائر نیست.

با تصویب مقررات شرعی قصاص در قوانین جزایی پس از انقلاب، بخش نخست و اصلی این ماده که درخصوص مجازات جرم اسیدپاشی است - همان گونه که در نظریه ۳۴۳۷/۷-۴/۵ / ۱۳۸۲ اداره کل امور حقوقی قوه قضائیه به آن تصریح گردیده - منسوخ شده و مقررات مربوط به قصاص (اعم از قصاص نفس یا عضو) جایگزین آن شده است. با این توضیح که در حال حاضر مطابق مواد قانون مجازات اسلامی، مجازات جنایت عمدی بر جسم و جان انسان، قصاص است؛ لکن اگر شرایط قصاص موجود نبوده یا اجرای قصاص به هر دلیلی ممکن نباشد، قصاص به دیه تبدیل شده و مرتکب علاوه بر پرداخت دیه، از جمله به موجب مواد ۳۰۵، ۳۰۶، ۳۰۷، ۳۱۰، ۳۶۵، ۳۹۲، ۴۰۱ و ۴۱۳ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ از جهت جنبه عمومی جرم به مجازات های مقرر در مواد ۶۱۲ و ۶۱۴ قانون تعزیرات محکوم می شود.

در سال های اخیر و به خصوص چند ماه گذشته، وقوع مواردی از اسیدپاشی و ایجاد ضایعات شدید جسمانی روی تعدادی از هموطنانمان، موجب شده است که این جرم بار دیگر در کانون توجه قرار گیرد. جریحه دار شدن افکار عمومی و ایجاد فضای رعب در برخی شهرها از یک سو و مطالبه افکار عمومی به منظور

پاسخ شدید و سریع قانونی نسبت به مرتکبان این گونه جرائم از دیگر سو و همچنین تصور عدم بازدارندگی مجازات های فعلی یا عدم شفافیت مقررات مربوط از طرف دیگر باعث شده است تا برخی نمایندگان محترم مجلس شورای اسلامی طرحی را با عنوان «مقابله با اسیدپاشی و حمایت از بزه دیدگان ناشی از آن» پیشنهاد دهند. طرح مزبور دارای سه ماده و یک تبصره است. ماده نخست آن که در مقام تعیین مجازات برای عاملان اسیدپاشی است مقرر می دارد:

به منظور حفظ امنیت و نظم عمومی جامعه، هر کس با پاشیدن اسید یا هر نوع ترکیب شیمیایی دیگر بر روی شخص، موجب قتل نفس یا قطع یا نقصان یا از کار افتادگی یکی از اعضاء یا نقص ظاهری مجنی علیه گردد به مجازات مقرر در ماده ۲۸۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ محکوم می گردد. این حکم مانع از اجرای مجازات های مقرر در باب قصاص، دیات و تعزیرات قانونی مجازات اسلامی نیست.

ماده دوم طرح، برخی از وزارتخانه ها را به تهیه فهرستی از مواد شیمیایی خطرناک که موجب آسیب شدید و فوری به سلامت انسان می شوند و همچنین تنظیم آیین نامه عرضه و فروش این مواد مکلف می سازد. ماده سوم این طرح و تبصره آن در جهت حمایت از بزه دیدگان اینگونه جرایم و درمان فوری آنها تدابیری را پیش بینی کرده است.

قصاص اسیدپاش، بازدارنده ترین مجازات شرعی و قانونی

پاشیدن اسید گاه به صورت عمدی و گاه به صورت غیر عمدی است. چنانچه پاشیدن اسید به صورت غیر عمدی باشد، تنها دیه یا ارش - حسب مورد- ثابت خواهد بود مگر اینکه عمل مرتکب با بی احتیاطی و تقصیر جزایی نیز همراه باشد که در این صورت می توان مرتکب را علاوه بر دیه یا ارش به مجازات تعزیری متناسب

نیز محکوم کرد.^۶

در مواردی که پاشیدن اسید به عمد صورت گرفته باشد، در هر یک از حالات ذیل، احکام متفاوتی خواهد داشت:

الف) پاشیدن اسید به قصد قتل قربانی جرم بوده و یا به نحوی بوده است که نوعاً موجب مرگ می شده و در عمل نیز مرگ قربانی جرم را به همراه داشته باشد (قتل عمدی).

ب) پاشیدن اسید به قصد قتل نبوده و نوعاً نیز موجب قتل نمی شده لیکن در جنایت مورد نظر، موجب مرگ مجنی علیه شده است (قتل، غیر عمدی و جنایت کمتر از نفس، عمدی)

ج) پاشیدن اسید به قصد قتل نبوده و در عمل نیز منتهی به قتل نشده است (جنایت عمدی کمتر از نفس)

الف) اسید پاشی منتهی به قتل عمد

در صورتی که اسید پاشی مصداق قتل عمدی باشد، مطابق ضوابط فقهی و مقررات قانونی، مرتکب به قصاص نفس محکوم خواهد شد. قتل در صورتی عمدی خواهد بود که مطابق ماده ۲۹۱ قانون مجازات اسلامی، مرتکب قصد کشتن مجنی علیه را داشته و یا فعل او (پاشیدن اسید) به نحوی است که با توجه به نوع اسید، وضعیت جسمانی مجنی علیه و شرایط زمانی و مکانی وقوع جنایت، نوعاً موجب مرگ می شود. در چنین مواردی اگر شرایط عمومی قصاص نفس^۷

۶. از آنجا که اسیدپاشی غیر عمدی موضوع بحث ما نبوده و احکام آن نیز روشن است از ورود تفصیلی به مباحث آن خودداری می شود.

۷. شرایط عمومی قصاص نفس همان مواردی است که در ماده ۳۰۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ بیان شده است.

وجود داشته باشد، اولیای دم می‌توانند مرتکب را قصاص کنند. مشروعیت قصاص مرتکب در این حالت مورد اتفاق تمامی فقها و حقوقدانان بوده و اختلافی در آن نیست.

ب) اسید پاشی منتهی به قتل شبیه عمد

در صورتی که عامل جنایت اسیدپاشی تنها قصد ایراد صدمه بر قربانی جرم (مثل نایینا ساختن مجنی علیه و یا سوزاندن و از بین بردن پوست صورت او) را داشته باشد و عمل او نیز به گونه‌ای نباشد که غالباً منتهی به قتل شود، نسبت به مجازات مرتکب اختلاف نظر وجود دارد. مشهور فقها در ضمن بیان یک فرع فقهی - که مشابه بحث حاضر است - بیان داشته‌اند:

هرگاه کسی انگشتان دست دیگری را قطع کند که این قطع اتفاقاً سرایت کرده و موجب از بین رفتن کف دست شود، مجنی علیه حق قصاص عضو کف دست مرتکب را خواهد داشت.^۸

محقق حلی که از قائلین به این دیدگاه است در این رابطه می‌نویسد:

اگر انگشتان دست شخصی را قطع کند و این قطع به کف دست سرایت کند و پس از آن بهبودی حاصل شود سرایت ادامه پیدا نکند، قصاص در هر دو یعنی قطع انگشتان یا قطع کف دست ثابت است. (نسبت به اینکه آیا مجنی علیه حق دارد، نسبت به انگشتان دست، مرتکب را قصاص نموده و نسبت

۸. ر. ک: شیخ طوسی، الخلاف، ج ۵، ص ۱۹۵؛ ابن براج، المذهب، ج ۲، ص ۴۷۵؛ علامه حلی، تحریر الاحکام الشرعیة، ج ۵، ص ۵۱۹ و قواعد الاحکام، ج ۳، ص ۶۳۶؛ شهید ثانی، مسالک الافهام، ج ۱۵، ص ۲۹۴؛ فاضل هندی، کشف اللثام، ج ۱۱، ص ۱۹۸؛ نجفی، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۴۲، ص ۴۰۰؛ امام خمینی، تحریر الوسيلة، ج ۲، ص ۵۴۹.

به باقیمانده آن (کف دست) دیه را مطالبه کند، وجه صحیح آن است که گفته شود چنین حقی ثابت نیست؛ زیرا در اینجا، هم نسبت به انگشتان و هم نسبت به کف دست امکان قصاص وجود دارد.^۹

شهید ثانی نیز در کتاب مسالک ضمن تأیید نظر محقق حلی، دلیل ثابت نبودن دو حق برای بزه دیده را چنین بیان می کند:

زیرا مجازات جنایت عمدی، قصاص بوده و دیه فقط با مصالحه یا به سبب عارضه ای^{۱۰} ثابت می شود که این گونه موارد مجوز دریافت دیه، در مانحن فیه وجود ندارد.^{۱۱}

مرحوم فاضل هندی با بیان اینکه «سرایت جنایت عمدی نیز مانند جنایت عمدی است»^{۱۲} به دفاع از این دیدگاه می پردازد.

در مقابل این دیدگاه برخی از فقها^{۱۳} معتقدند: در مواردی مانند قطع عمدی انگشتان دست که به کف سرایت کرده و موجب از بین رفتن کف دست می شود، نسبت به جنایت کمتر که عمدی بوده (مثل قطع انگشت) قصاص و نسبت به جنایت عمدی بیشتر (مثل کف دست) دیه ثابت است. آیت الله خویی که از قائلین به این نظریه است، در رد نظریه مشهور و توضیح دیدگاه خویش می نویسد:

۹. محقق حلی، شرائع الإسلام، ج ۴، ص ۲۲۳.

۱۰. مانند فرار جانی و عدم امکان دسترسی به او.

۱۱. شهید ثانی، مسالک الافهام إلى تنقیح شرائع الإسلام؛ ج ۱۵، ص ۲۹۴.

۱۲. فاضل هندی، کشف اللثام، ج ۱۱، ص ۱۹۸ (پذیرش این استدلال مرحوم فاضل هندی که در عبارات برخی دیگر از فقها نیز آمده است، مستلزم بازنگری و عدول ایشان از تعاریف جنایت عمد و شبه عمد خواهد بود).

۱۳. خویی، مبانی تکملة المنهاج، ج ۴۲ از موسوعة، ص ۲۱۶-۲۱۷؛ وحید خراسانی، منهاج الصالحین، ج ۳، ص ۵۴۴؛ تبریزی، تنقیح مبانی الأحكام - کتاب القصاص، ص ۳۱۹؛ حسینی روحانی، منهاج الصالحین، ج ۳، ص ۳۶۰؛ مدنی کاشانی، کتاب القصاص للفقهاء والخواص، ص ۲۵۰.

مشهور بین فقها آن است که اگر شخصی انگشتان دیگری را قطع کند و جنایت به صورت اتفاقی به کف دست سرایت کند، قصاص نسبت به کف دست ثابت است. در این قول اشکال وجود داشته و اظهر آن است که مجنی علیه حق قصاص در انگشتان دست و گرفتن دیه کف دست را دارد... دلیل ما آن است که موضوع قصاص، جنایت عمدی است؛ در حالی که سرایت جنایت در ما نحن فیه نه مقصود جانی بوده است و نه ویژگی جنایت قطع انگشتان به گونه ای است که به کف دست سرایت کند، از این رو، نمی توان جنایت از بین رفتن کف دست را جنایت عمدی دانست. بنابراین وجهی برای قول مشهور وجود ندارد ... ۱۴

ایشان دلیل گرفتن دیه نسبت به کف دست را نیز قاعده هدر نرفتن حق یا خون مسلمان می داند.

نقد و بررسی تفصیلی این دو دیدگاه،^{۱۵} نوشته را از نیل به هدف اصلی اش باز می دارد. از این رو از ورود تفصیلی به آن خودداری کرده و اجمالاً می گوئیم: به نظر می رسد قول اخیر قوی تر و به ضوابط و مقررات باب قصاص و دیات نزدیک تر باشد؛ زیرا مطابق تعریف جنایت عمدی، جنایت نسبت به از بین رفتن کف دست در صورتی عمد تلقی و مرتکب آن قصاص می شود که:

۱۴. خویی، مبانی تکملة المنهاج، ج ۴۲ موسوعة، ص ۲۱۶-۲۱۷.

۱۵. در این بحث قول سومی نیز وجود دارد. مطابق قول مزبور در چنین مواردی مجموع جنایت شبه عمد محسوب شده و مجنی علیه یا اولیای دم تنها حق مطالبه دیه جنایت بزرگ تر را خواهند داشت. هر چند وجهی برای این قول متصور است لیکن این دیدگاه نیز با ایراداتی مواجه است از جمله اینکه: مجازات جنایت عمدی کوچک تر که به عمد صورت گرفته، قصاص است و جنایت بزرگ تر که مقصود جانی نبوده مشمول عنوان شبه عمد و مستوجب دیه است، حال چگونه می توان تصور کرد که جنایت مستوجب قصاص در جنایت مستوجب دیه تداخل کند؟

۱. قصد نهایی جانی از قطع انگشتان دست مجنی علیه، از بین بردن کف دست او باشد و چون چنین قصدی را دارد، عمل او نسبت به کل جنایت، عمدی تلقی می شود؛ مانند مواردی که جانی با زدن چوب یا سنگی به سر مجنی علیه قصد قتل او را داشته باشد و در عمل نیز او را به قتل برساند. در چنین مواردی قتل عمدی محسوب می شود، خواه عمل مرتکب (زدن با سنگ یا چوب) نوعاً موجب جنایت قتل مجنی علیه بشود یا نشود.

۲. قصد جانی تنها قطع انگشتان دست مجنی علیه است لیکن فعل او به گونه ای است که غالباً به از بین رفتن کف دست نیز منتهی می شود در اینجا جنایت واقع شده (از بین رفتن کف دست) عمدی محسوب می شود هر چند به ظاهر، جانی قصد از بین بردن کف دست مجنی علیه را نداشته باشد.

دلیل عمدی تلقی شدن فعل جانی در موارد مزبور آن است که قصد کردن چیزی که غالباً منفعک از یک نتیجه خاص نیست مانند قصد کردن آن نتیجه خاص است، لذا در چنین مواردی قصد مرتکب نسبت به وقوع جنایت بزرگ تر (مانند قطع کف دست در مثال حاضر) مفروض گرفته می شود. به بیان دیگر، زمانی که جانی می داند ارتکاب جنایتی غالباً و عادتاً منجر به جنایت بزرگ تری می شود و با این حال مرتکب جنایت می شود، در واقع جنایت بزرگ تر را نیز قصد کرده است. بر اساس نظر مشهور فقها^{۱۶} و همچنین مواد قانون مجازات اسلامی^{۱۷}،

۱۶. محقق حلی، المختصر النافع، ج ۲، ص ۲۹۲؛ علامه حلی، قواعد الاحکام، ج ۳، ص ۵۸۲؛ شهید اول، اللمعة الدمشقیة، ص ۲۶۷؛ ابن فهد حلی، المذهب البارع، ج ۵، ص ۱۴۳؛ شهید ثانی، مسالک الافهام، ج ۱۵، ص ۶۷؛ فاضل هندی، کشف اللثام، ج ۱۱، ص ۹؛ طباطبایی، ریاض المسائل، ج ۱۶، ص ۱۸۵-۱۸۲؛ نجفی، جواهر الکلام، ج ۴۲، ص ۱۲؛ امام خمینی، تحریر الوسیلة، ج ۲، ص ۵۰۸ و...

۱۷. ماده ۲۹۱ قانون مجازات اسلامی مقرر می دارد: جنایت در موارد زیر عمدی محسوب

می شود:

جنایت واقع شده (جنایت بزرگ تر) تنها در دو حالت پیش گفته، عمدی محسوب می شود. بنابراین، وجه فتوای مشهور مبنی بر مشروعیت قصاص جانی نسبت به جنایت واقع شده یا همان جنایت بزرگ تر بر خلاف تعریفی است که خود ایشان از جنایت عمدی، ارائه کرده اند.^{۱۸}

در هر حال، قانون مجازات اسلامی با تبعیت از نظر غیر مشهور، در مواد ۲۹۳ و ۲۵۴۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، در مواردی که جانی

> الف) هرگاه مرتکب با انجام کاری قصد ایراد جنایت بر فرد یا افرادی معین یا فرد یا افرادی غیر معین از یک جمع را داشته باشد و در عمل نیز جنایت مقصود یا نظیر آن واقع شود، خواه کار ارتكابی نوعاً موجب وقوع آن جنایت یا نظیر آن بشود، خواه نشود.
ب) هرگاه مرتکب، عمداً کاری انجام دهد که نوعاً موجب جنایت واقع شده یا نظیر آن، می گردد، هر چند قصد ارتكاب آن جنایت و نظیر آن را نداشته باشد ولی آگاه و متوجه بوده که آن کار نوعاً موجب آن جنایت یا نظیر آن می شود.

۱۸. البته بعید نیست فرض مشهور فقها، مربوط به جایی باشد که قطع انگشتان با قصد سرایت به کف دست و از بین بردن آن صورت گرفته باشد، چنان که عبارت صاحب جواهر آنجا که می نویسد: «لإمكان القصاص فيهما مع تعمد الجنایة علیهما» می تواند به این مطلب اشاره داشته باشد. (ر. ک: جواهر الکلام، ج ۴۲، ص ۴۰۰ و نیز ر. ک: مدنی کاشانی، کتاب القصاص، ص ۲۵۰) با این حال مرحوم خویی و برخی از شاگردان ایشان، از عبارات مشهور فقها چنین برداشتی را نداشته و محل نزاع را حالتی می دانند که مرتکب نه قصد جنایت بزرگ تر را دارد و نه عملش به گونه ای است که عادتاً منتهی به جنایت بزرگ تر شود. (ر. ک: خویی، مبانی تکملة المنهاج، ج ۴۲ از موسوعة، ص ۲۱۶-۲۱۷)

۱۹. ماده ۲۹۳- هرگاه فردی مرتکب جنایت عمدی گردد لکن نتیجه رفتار ارتكابی، بیشتر از مقصود وی واقع شود، چنانچه جنایت واقع شده، مشمول تعریف جنایات عمدی نشود، نسبت به جنایت کمتر، عمدی و نسبت به جنایت بیشتر، شبه عمدی محسوب می شود، مانند آنکه انگشت کسی را قطع کند و به سبب آن دست وی قطع شود و یا فوت کند که نسبت به قطع انگشت عمدی و نسبت به قطع دست و یا فوت شبه عمدی است.

۲۰. ماده ۵۴۰- هرگاه صدمه وارده عمدی باشد و نوعاً کشنده یا موجب قطع عضو یا آسیب بیشتر

<

قصد جنایت کمتر (مثل قطع انگشت) را داشته باشد لیکن قصد جنایت بزرگ تر (از بین بردن کف دست مجنی علیه) را نداشته باشد، جنایت ارتكابی را نسبت به آسیب بیشتر، غیر عمدی و نسبت به جنایت کمتر، عمدی تلقی کرده است.

با این توضیح و با تمسک به مواد قانون مجازات اسلامی که به تبعیت از فتوای برخی از فقها تدوین شده و هم اکنون قانون لازم الاجراست، باید گفت: در صورتی که هدف مرتکب از پاشیدن اسید به بدن مجنی علیه مصدوم کردن وی باشد و فعل او نیز غالباً و عادتاً غیر کشنده باشد ولی با این وجود، تصادفاً موجب مرگ قربانی جرم شود، اولیای دم می توانند نسبت به جنایات کمتر از نفس که مصداق جنایت عمدی است، مرتکب را - با توضیحی که در بند بعدی خواهد آمد - قصاص عضو کرده و نسبت به قتل نیز، دیه نفس را مطالبه کنند.

ج) اسید پاشی منتهی به جنایت عمدی کمتر از نفس

براساس قواعد کلی باب قصاص در صورت وجود شرایط، با تقاضای مجنی علیه یا ولی او اسیدپاش حسب مورد قصاص خواهد شد. شرایط قصاص نفس در ماده ۳۰۱ ق.م. ۲۱ و شرایط قصاص عضو در ماده ۳۹۳ ق.م. ۱ بیان شده است. براساس این ماده علاوه بر شرایط مذکور در قصاص نفس، وجود

> نباشد لکن اتفاقاً سرایت کند، علاوه بر حق قصاص یا دیه، نسبت به جنایت عمدی کمتر، حسب مورد دیه جنایت بیشتر نیز باید پرداخت شود، مانند اینکه شخصی عمداً انگشت دیگری را قطع کند و اتفاقاً این قطع سرایت کند و موجب فوت مجنی علیه یا قطع دست او گردد، علاوه بر حق قصاص یا دیه انگشت، حسب مورد دیه نفس یا دیه دست مجنی علیه نیز باید پرداخت شود.

۲۱. قصاص در صورتی ثابت می شود که مرتکب، پدر یا از اجداد پدری مجنی علیه نباشد و مجنی علیه، عاقل و در دین با مرتکب مساوی باشد.

تبصره - چنانچه مجنی علیه مسلمان باشد، مسلمان نبودن مرتکب، مانع قصاص نیست.

شرایط ذیل نیز برای قصاص عضو ضروری است:

۱. محل عضو مورد قصاص، با مورد جنایت یکی باشد.
۲. قصاص با مقدار جنایت، مساوی باشد.
۳. خوف تلف مرتکب یا صدمه بر عضو دیگر نباشد.
۴. قصاص عضو سالم، در مقابل عضو ناسالم نباشد.
۵. قصاص عضو اصلی، در مقابل عضو غیر اصلی نباشد.
۶. قصاص عضو کامل در مقابل عضو ناقص نباشد.

هرچند در بند «ب» این ماده نیز همانند ماده ۲۷۶ ق. م. ا سابق رعایت تساوی قصاص با جنایت در مقدار (طول و عرض) شرط دانسته شده است^{۲۲}، لکن مقصود قانون گذار ضرورت لحاظ تساوی در تمام وضعیت ها و حالات نیست، بلکه مقصود آن است که مقدار قصاص نباید بیش از مقدار جنایت باشد. مؤید این ادعا، ماده ۴۰۰ همین قانون است که قصاص به مقدار کمتر از جنایت را تجویز و تصریح کرده است:

اگر رعایت تساوی در طول و عرض و عمق جنایت ممکن نباشد و قصاص به مقدار کمتر ممکن باشد، مجنی علیه می تواند به قصاص کمتر، اکتفا کند و مابه التفاوت را ارش مطالبه نماید و یا با رضایت جانی، دیه جنایت را بگیرد. مفاد این ماده مطابق با دیدگاه مشهور فقهای امامیه^{۲۳} است. براساس ماده

۲۲. دادگاه ها به استناد مواد ۲۷۶ و ۲۷۷ قانون مذکور با ادعای اینکه امکان رعایت دقیق تساوی قصاص با جنایت وجود ندارد، حکم به پرداخت دیه می کردند که نتیجه آن تعطیلی این حکم حیات بخش در بیشتر موارد بود.

۲۳. ر. ک: شیخ طوسی، المبسوط، ج ۷، ص ۷۹؛ محقق حلی، شرایع الاسلام، ج ۴، ص ۲۲۳؛ ابن براج، المذهب، ج ۲، ص ۴۷۴؛ علامه حلی، قواعد الاحکام، ج ۳، ص ۶۳۷ و ارشاد الاذهان، ج ۲، ص ۲۰۸ و تحریر الاحکام، ج ۵، ص ۵۱۷؛ شهید ثانی،

مزبور و قول مشهور فقها، در مواردی که رعایت تساوی از حیث طول و عرض امکان پذیر نبوده، لکن امکان اجرای قصاص به کمتر از آن مقدار وجود داشته باشد، می توان جانی را قصاص کرد. این امر در بحث قصاص اسیدپاش و مانند آن که امکان تساوی دقیق، مشکل می باشد، کارگشاست.

شیخ طوسی در کتاب مبسوط می نویسد:

اگر جانی دست کسی را با قسمتی از استخوان ذراع (ساعد) قطع کند، نسبت به ساعد قصاص نیست؛ زیرا در صورت قصاص استخوان ساعد خوف تلف یا زیادتیر شدن مقدار قصاص از مقدار جنایت وجود دارد. بنابراین مجنی علیه مخیر است که یا جانی را در عوض گرفتن دیه عفو کند. در این صورت مجنی علیه مستحق دیه دست و ارش استخوان ساعد خواهد بود. و یا آنکه نسبت به دست (مچ)، جانی را قصاص کرده و نسبت به استخوان ساعد، ارش بگیرد. ۲۴

امام خمینی (ره) نیز با پذیرش قول مشهور در این رابطه می نویسد:

اگر به همراه قطع دست (مچ)، قسمتی از ساعد را نیز قطع کند، نسبت به مچ قصاص خواهد شد و نسبت به قسمت باقی مانده (استخوان ساعد) احتمال دارد که ارش ثابت باشد یا به مقدار مساحت قطع شده از ساعد، دیه ثابت باشد. ۲۵

> مسالک الافهام، ج ۱۵، ص ۲۹۴؛ محقق اردبیلی، مجمع الفائدة، ج ۱۴، ص ۱۰۱؛ حسینی عاملی، مفتاح الکرامة، ج ۱۰، ص ۴۸۵؛ فاضل هندی، کشف اللثام، ج ۱۱، ص ۱۹۸-۱۹۹؛ نجفی، جواهر الکلام، ج ۴۲، ص ۴۰۰؛ امام خمینی، تحریر الوسيلة، ج ۲، ص ۵۴۹؛ سبزواری، مهذب الاحکام، ج ۲۹، ص ۴۰؛ فاضل لنکرانی، تفصیل الشریعة، القصاص، ص ۴۲۵.

۲۴. المبسوط، ج ۷، ص ۷۹.

۲۵. امام خمینی، تحریر الوسيلة، ج ۲، ص ۵۴۹.

هرچند عبارات و فتاوای فقها در مورد قطع مج یا قطع مج و قسمتی از ذراع و مانند آن است، لکن این موارد خصوصیتی ندارد؛ بلکه مورد قطع مج دست و استخوان ساعد به عنوان مثال مطرح شده است. ازاین رو، مضمون این فتاوا در مورد قطع آرنج با قسمتی از استخوان بازوی دست یا قطع مج پا به همراه قسمتی از ساق پا و... نیز جریان خواهد داشت؛ همان گونه که در سایر جنایات و جراحات و بلکه جنایت بر منافع نیز جریان دارد. بنابراین به نظر می رسد رویکرد قانون گذار در ماده ۴۰۰ ق. م. ا در الغای خصوصیت کردن از مثال های فقهی و تعمیم دادن حکم به سایر جنایات، رویکردی درست و قابل دفاع باشد.

نکته مهمی که در اینجا باید به آن توجه داشت آن است که در مقررات قصاص و آیات ناظر به آن، از اسراف و زیاده روی در قصاص نهی شده و اعتدا به مثل مورد تاکید قرار گرفته است؛ لکن مقصود از عدم اسراف یا لزوم رعایت اعتدا به مثل، پرهیز از زیاده روی و افراط است؛ به این معنا که قربانی جرم یا اولیای دم او در مجازات و مکافات دادن مجرم نباید از مقدار جنایتی که بر مجنی علیه وارد شده است، تجاوز کنند؛ البته این بدین معنا نیست که این گونه ضوابط و عمومات در صدد ایجاد محدودیت برای مجنی علیه باشند و او را از مکافات دادن و قصاص کردن کمتر از میزان جنایت منع کنند. افزون بر آن، پذیرش ایجاد محدودیت برای مجنی علیه در احقاق حقش، منافی با حق سلطنت اوست.

در موارد اسیدپاشی، مجنی علیه یا - حسب مورد - ولی او می تواند برای اطمینان از اینکه قصاص بیشتر از جنایت صورت نگیرد، جانی را به مقداری کمتر از جنایت، قصاص کند. به عنوان مثال اگر وسعت جنایت در ابعادی به اندازه ۵ در ۱۰ سانتیمتر است، ابعاد قصاص ۴ در ۸ سانتیمتر تعیین شود تا محذور تجاوز از حد (بیشتر شدن قصاص از جنایت) مانع استیفای حق قصاص نشود. همچنان که می توان برای فرار از محذور ترس از تلف مرتکب یا ترس از سرایت (در قصاص

اعضا)، ترکیبات شیمیایی اسید را قدری خفیف تر و رقیق تر انتخاب کرد تا این اطمینان به وجود آید که اعضای دیگر صدمه نخواهند دید. در صورت وجود اراده ای برای اجرای قصاص و احقاق حقوق قربانیان این گونه جرائم، برطرف ساختن موانعی از این دست - با توجه به دانش کنونی و امکانات امروزی - چندان مشکل نخواهد بود. به نظر نگارنده قصاص مرتکبان چنین جرایم خشونت باری در حد بسیار بالایی می تواند دارای بازدارندگی باشد.

اجرای قصاص عضو، در شرایط کنونی حتی در مواردی که اجرای آن با مشکل چندان مواجه نیست (مانند در آوردن چشم) با بهانه های مختلف اجرا نمی شود؛ به گونه ای که اجرای قصاص اعضا در حال تعطیلی کامل است. چگونه می توان ادعای ممکن نبودن اجرای قصاص اعضا را در زمان حاضر و با این همه امکانات و تجهیزات پذیرفت، در حالی که قرآن کریم و پیش از آن تورات، حکم قصاص اعضا را در موارد جراحات و دندان و ... صادر کرده است:

وَكُتِبَ عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنْ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ. ۲۶

از این آیات روشن می شود که قصاص اعضا حتی با امکانات پیش پا افتاده آن روز نیز ممکن بوده و قابلیت اجرا داشته است و گرنه چنین حکمی لغو خواهد بود و ذات مقدس باری تعالی از انجام دستور یا فعل بیهوده و لغو منزّه و پاک است.

شایان ذکر است که سیاست قرآن کریم در مورد جنایات عمدی، به دو صورت و در دو مرحله است. در مرحله اول حق سلطنت اولیای دم بر قاتل را به رسمیت شناخته «وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوَلِيِّهِ سُلْطَانًا» و اجرای قصاص را حیات بخش شمرده است «وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ». در مرحله بعدی، پس از آنکه حق قصاص و اختیار انتخاب مجازات یا عفو قاتل و جانی را به مجنی علیه یا

اولیای دم تفویض می کند و با این تدبیر، جرئت و جسارت ارتکاب جرائم عمدی را از افراد سرکش و شرور سلب می نماید، با توصیه و تشویق مجنی علیه یا اولیای دم به گذشت و عفو، در صدد ایجاد فرهنگ باارزش گذشت و عفو برمی آید. از آنجا که در جنایات عمدی، اختیار عفو جانی با مجنی علیه و اولیای دم است، جانی نمی تواند تضمینی داشته باشد که قصاص نخواهد شد و همین امر، او را در ارتکاب جرم متزلزل می سازد. این کارکرد بازدارنده در صورتی مؤثر خواهد بود که قانون گذار به تبعیت از شرع مقدس ابتدا حق قصاص را به رسمیت شناخته باشد.

تحقق عنوان محاربه در جرم اسیدپاشی

در خصوص عناصر و ارکان تشکیل دهنده جرم محاربه بین فقها اختلافات قابل توجهی وجود دارد که مهم ترین این اختلافات^{۲۷} عبارتند از:

- الف) آیا به کارگیری سلاح، شرط لازم برای تحقق جرم محاربه است و یا اعمال زور در تحقق محاربه کافی است؟
- ب) بنا بر آنکه به کارگیری سلاح شرط ضروری تحقق جرم محاربه باشد، سلاح منحصر به شمشیر و سایر سلاح های جنگی است و یا سلاح دارای مفهومی عام است که شامل هر آلت قتاله ای می شود؟

۲۷. علاوه بر اختلافاتی که در ادامه از آنها نام برده ایم اختلافاتی دیگر نیز بین فقهای اهل سنت با امامیه و فقهای امامیه با هم) وجود دارد که موارد مزبور محل اختلاف فقهای متأخر و خصوصاً معاصرین نبوده و از این رو در این نوشته به آن پرداخته نشده است. برخی از اختلافات مزبور عبارتند از: شرط مرد بودن محارب، تحقق محاربه در دارالاسلام و یا نسبت به مسلمان ها، از اهل ریه بودن محارب، در آبادی بودن جرم محاربه، گروهی بودن یا نبودن عمل مرتکبین و

ج) آیا برای آنکه محاربه محقق شود، لازم است مرتکب علاوه بر قصد ایجاد رعب و وحشت در بین مردم، در عمل نیز به هدف خود نایل آمده و ترس و وحشت را ایجاد کند یا آنکه با وجود یکی از آنها نیز محاربه محقق می شود؟

با عنایت به اینکه جرم محاربه در قانون مجازات اسلامی تعریف شده و عناصر تشکیل دهنده آن نیز مشخص شده است، برای کاربردی تر شدن بحث، در ذیل مواد قانونی مربوطه، این اختلافات فقهی را نیز مورد توجه قرار خواهیم داد.

الف) عناصر تشکیل دهنده جرم محاربه

ماده ۲۷۹ ق. م. ا مقرر می دارد:

محاربه عبارت از کشیدن سلاح به قصد جان، مال یا ناموس مردم یا ارباب آنها است، به نحوی که موجب ناامنی در محیط گردد. هرگاه کسی با انگیزه شخصی به سوی یک یا چند شخص خاص سلاح بکشد و عمل او جنبه عمومی نداشته باشد و نیز کسی که به روی مردم سلاح بکشد، ولی در اثر ناتوانی موجب سلب امنیت نشود، محارب محسوب نمی شود.

مطابق این ماده، برای تحقق محاربه، وجود دو شرط ضروری است: نخست به کارگیری سلاح و دوم ایجاد نا امنی.

به کارگیری سلاح

بسیاری از فقها نظیر علامه حلی،^{۲۸} شهید ثانی،^{۲۹} فخرالمحققین،^{۳۰} فاضل هندی،^{۳۱}

۲۸. علامه حلی، قواعد الاحکام، ج ۳، ص ۵۶۸ و إرشاد الأذهان، ج ۲، ص ۱۸۶.

۲۹. شهید ثانی، الروضة البهية (المحشى - کلانتر)، ج ۹، ص ۲۹۲ و حاشية المختصر النافع، ص ۲۰۵.

۳۰. فخرالمحققین، إیضاح الفوائد، ج ۴، ص ۵۴۳.

۳۱. فاضل هندی، کشف اللثام، ج ۱۰، ص ۶۳۶.

ابن شجاع حلی^{۳۲} و موسوی اردبیلی^{۳۳} موضوع محاربه را ایجاد ناامنی دانسته و از این رو به کار بردن اسلحه را در تحقق محاربه شرط نمی دانند، بلکه صرفاً ایجاد رعب و وحشت در جامعه به وسیله هر نوع رفتار قهرآمیز و ستیزجویانه و اعمال زور را برای تحقق محاربه کافی می دانند.

به نظر می رسد این دیدگاه که مورد پذیرش قانونگذار قرار نگرفته است با حکمت جرم انگاری محاربه^{۳۴} و همچنین عموم آیه محاربه^{۳۵} و ظهور برخی

۳۲. معالم الدین فی فقه آل یاسین، ج ۲، ص ۵۱۶.

۳۳. ایشان در بیان ملاک محاربه می نویسند: «المدار هو فعل کلّ امر جنائی بقصد المحاربة و الإخلال بالنظام فی المجتمع و جعل الناس فی مخافة و قلق و وحشة و إزالة الأمن العامّ منهم فی نفوسهم و أموالهم و غیرهما کیفما اتفق و لو بمثل کسر السدّ لاغراق البلاد و العباد، و تسليط النار علیهم، و منع الهواء من الغرف المغلقة، و إلقاء الجرائم و المیکروبات القاتلة فی الماء و الهواء. و بناءً علی هذا فلا معنى لأن یبحث عن اعتبار کون السلاح من حديد و عدمه: (فقه الحدود و التعزیرات، ج ۳، ص ۵۱۴).

۳۴. با مراجعه به روایات می توان گفت حکمت و بلکه دلیل جرم انگاری محاربه، مقابله با تهدید کنندگان امنیت مردم و جامعه است و از این رو اگر شخص یا اشخاصی امنیت مردم را با شایعه های دروغین به طور جدی بر هم بزنند بعید نیست و بلکه به طور حتم می توان آنها را محارب دانست. آیا شخصی که با یک بار کشیدن خنجر و قداره قصد ترساندن اهالی محله ای را دارد و با اقدام به اینکار موفق به ایجاد وحشت موقت و چند ساعته بین مردم می شود، محارب است لیکن شخصی که با پخش شایعه خطرناکی مانند حمله قریب الوقوع دشمن و ... آرامش و امنیت کشوری را برای روزهای متوالی می گیرد و یا با پاشیدن چند - و حتی یک مورد - اسید وحشت و ناامنی را در شهری به وجود می آورد محارب نیست؟ با تأمل در عبارت «و یسعون فی الأرض فساداً» می توان علت جرم انگاری محاربه را دریافت.

۳۵. همان گونه که فقها با تمسک به عموم آیه، لزوم از اهل ریه بودن محارب، لزوم در شب بودن عمل محاربه، لزوم در شهر ارتکاب یافتن جرم محاربه، لزوم در دارالاسلام به وقوع پیوستن محاربه، لزوم قوی بودن مرتکب را منتفی دانسته اند، با تمسک به عموم آیه می توان لزوم به کارگیری سلاح را برای تحقق محاربه منتفی دانست. روایاتی که در آن، به کارگیری سلاح شرط شده است نیز در مقام تفسیر آیه به مصداق بارز آن هستند و نه تخصیص آیه شریفه.

روایات^{۳۶} سازگار است.

تنها دلیل مشهور فقها مبنی بر لزوم به کارگیری سلاح، روایاتی است که در آنها به حمل سلاح یا به کار بردن سلاح توسط مرتکب تصریح شده است. به نظر می‌رسد مشهور فقها روایاتی را که در آنها به سلاح اشاره شده است، مخصص عموم یا اطلاق آیه و برخی دیگر از روایات مطلق قرار داده‌اند؛ در حالی که لسان هر دو دسته از روایات، مثبت بوده و بنا بر قول قابل قبول، در چنین مواردی تخصیص یا تقيید منتفی بوده و مضمون و مفاد هر دو قسم از روایات، مورد نظر شارع است. از سوی دیگر از آنجا که غالباً برهم زدن امنیت و ایجاد خوف و وحشت با سلاح محقق می‌شود، در روایات به همین مصداق ظاهر و شناخته شده که به ذهن مخاطبان نزدیک تر بوده، اشاره شده است.

از آنجا که قانونگذار این دیدگاه را نپذیرفته و به کارگیری سلاح را برای تحقق محاربه شرط دانسته است، باید دید که مقصود از سلاح چه بوده و آیا ترکیبات اسیدی را نیز می‌توان سلاح تلقی کرد؟

ممکن است تصور شود که اسلحه صرفاً وسایلی مانند تفنگ، شمشیر و مانند آن را که در جنگ‌ها به کار می‌رود، در بر می‌گیرد؛ از این رو بر اسید که نوعی مایع شیمیایی است، عنوان اسلحه نمی‌توان اطلاق کرد. در حالی که این تصور صحیح نبوده و اسلحه علاوه بر مشتقات و ادوات ساخته شده از آهن، بر مایعات و گازها نیز صدق می‌کند؛ چنان‌که امروزه سلاح‌های گازی، میکروبی و شیمیایی، از مخرب‌ترین و رعب‌آورترین سلاح‌های جنگی، بلکه کشتار جمعی به شمار می‌رود. بر این اساس، هم در مقررات فعلی و هم در متون فقهی مفهوم عامی از عنوان «اسلحه» اراده شده است.

۳۶. برای اطلاع از روایات مزبور و نحوه استدلال به آنها ر. ک: هاشمی شاهرودی، فقه اهل بیت عربی، شماره ۹، صص ۷۶-۷۸.

«قانون مجازات قاچاق اسلحه و مهمات و دارندگان سلاح و مهمات غیرمجاز» که در شهریور ۱۳۹۰ و آیین نامه اجرایی آن که در دی ماه ۱۳۹۲ به تصویب رسیده است، موارد ذیل را در فهرست سلاح، مهمات و تجهیزات نظامی جای داده است:

- گازهای بی حس کننده، بیهوش کننده و اشک آور؛
- مواد رادیواکتیو (مواد هسته ای و چشمه های پرتوزا)؛
- مواد میکروبی مانند باکتری ها (مانند سیاه زخم، بوتولیس و طاعون)، ویروس ها (مانند کریمه، کنگو و تب کیو)، قارچ ها (مانند آفلاتوکسین ها) و انگل ها که خاصیت بیماری زایی بالا دارند؛
- مواد شیمیایی مانند گازهای شیمیایی تابون و مارین، عوامل عصبی، خفه کننده و تاول زا؛
- مواد محترقه و شوک دهنده ها (شوکرها).

پیش از تصویب قانون پیش گفته، وزارت دفاع جمهوری اسلامی ایران در اردیبهشت ۱۳۹۰ در اجرای تبصره (۲) ماده یک «قانون تشدید مجازات قاچاق اسلحه و مهمات و قاچاقچیان مسلح» مصوب ۱۳۵۰ و قانون اصلاح تبصره (۲) ماده (۱) آن قانون، مصوب ۱۳۵۴، فهرست انواع اسلحه سرد جنگی و شکاری، مواد منفجره و مواد محترقه را اعلام کرد که مواردی از افشانه های گازی و اسیدی در این لیست قرار گرفته اند.

برخی علت سلاح شمرده شدن اسید را این گونه تقریر کرده اند:

عملکرد بمب فسفر به عنوان یک سلاح گرم روی بدن و واکنشی که در اثر هوا و رطوبت پوست بدن ایجاد می کند عیناً عملکرد اسید است. زمانی که این بمب منفجر می شود، فسفر با هوا واکنش نشان داده و تبدیل به اکسید فسفر (p2o5) می شود. وقتی اکسید فسفر روی پوست بدن قرار می گیرد با

رطوبت پوست واکنش جدیدی انجام می دهد و ماده ای ایجاد می شود که در حقیقت، تخریب بدن به خاطر عملکرد آن ماده است. این ماده عبارت است از اسید فسفریک و یا (h_3po_4) که در بین انواع اسیدها از درجه تخریب کمتری نیز برخوردار است در حالی که غالب مواردی که افراد اقدام به اسیدپاشی می کنند از اسیدهای بسیار قوی تر مثل اسید سولفوریک، اسید کلریدریک و اسید نیتریک استفاده می کنند.

سؤال من این است که وقتی عملکرد فسفر داخل در بمب فسفر به خاطر تبدیل شدن آن به اسید فسفریک است و باعث شده این بمب یک سلاح گرم کاملاً شناخته شده باشد، چطور ممکن است که اسیدهایی با درجه تخریب بسیار بالاتر از فسفریک، مثل نیتریک و ... را نتوانیم سلاح محسوب کنیم؟^{۳۷}

با تتبع در کلمات آن دسته از فقهایی که به کار بردن اسلحه در تحقق محاربه را شرط می دانند، می توان به این نتیجه رسید که بیشتر ایشان اسلحه را منحصر در شمشیر و مانند آن ندانسته، بلکه معتقدند اموری نظیر سنگ، چوب، عصا و شلاق نیز می تواند مصداق اسلحه باشد.^{۳۸} به عنوان نمونه و برای روشن تر شدن

۳۷. ر. ک: الهام شریعتی، خبرگزاری خبر آنلاین، سه شنبه ۱۸ آذر ۱۳۹۳ <http://www.khabaronline.ir>
۳۸. ر. ک: محقق اردبیلی، مجمع الفائدة والبرهان، ج ۱۳، ص ۲۸۶؛ فیض کاشانی، مفاتیح الشرائع، ج ۲، ص ۹۸؛ طباطبایی، ریاض المسائل، ج ۱۶، ص ۱۵۰؛ فاضل هندی، کشف اللثام، ج ۱۰، ص ۶۳۶؛ نجفی، جواهر الکلام، ج ۴۱، ص ۵۶۵-۵۶۶؛ کاظمی، مسالک الافهام إلى آیات الاحکام؛ ج ۴، ص ۲۱۰؛ موسوی گلپایگانی، الدر المنضود، ج ۳، ص ۲۲۴؛ فاضل لنکرانی، تفصیل الشریعة - الحدود، ص ۶۴۰؛ سبزواری، مهذب الاحکام، ج ۲۸، ص ۱۲۲؛ هاشمی شاهرودی، مجلة فقه اهل البيت عليهم السلام، شماره ۹، ص ۸۰؛ کاشف الغطاء، کشف الغطاء، ج ۴، ص ۴۲۵؛ مغنیه، فقه الإمام الصادق(ع)، ج ۶، ص ۲۹۲.

موضوع، عبارات برخی از فقها نقل می شود.

محقق اردبیلی در مجمع الفائدة و البرهان می فرماید: «محاربه با بیرون کشیدن سلاح، یعنی ابزار جنگ و کشتار و آنچه که به وسیله آن می کشند و ضربه می زنند تحقق پیدا می کند هر چند عصا یا سنگ باشد ...».^{۳۹}

مرحوم فیض کاشانی نیز در مفاتیح الشرایع می فرماید: «محارب هر کسی است که سلاح را برای ترساندن مردم در خشکی یا دریا یا شهر و غیر آن شب یا روز بیرون بکشد؛ چه اینکه سلاحش را مانند شمشیر تیز کرده باشد یا آنکه مانند عصا و سنگ اینگونه نباشد».^{۴۰}

مؤلف کتاب مسالک الافهام با تمسک به عموم آیه محاربه، اسلحه را مفهومی عام شامل عصا و هر چیز دیگری که موجب قدرت دارنده آن می شود، می داند.^{۴۱} آیت الله گلپایگانی نیز در خصوص اسلحه به کار رفته در محاربه می فرماید: «ظاهراً لازم نیست مانند ادوات متداول در جنگ از آهن باشد، بلکه ملاک این است که موجب ترساندن شود؛ به این صورت که از ابزاری باشد که قتل به وسیله آن صورت می گیرد، خواه مانند شمشیر باشد یا اینکه از ابزاری باشد که قبل از این رواج داشته یا از ابزاری باشد که به وسیله آن تیر پرتاب می کنند یا سایر وسایل جنگی عصر حاضر یا غیر آن حتی مثل عصا و سنگ. هر چند که بعضی از لغویان، سلاح را به آهن

۳۹. مجمع الفائدة و البرهان، ج ۱۳، ص ۲۸۶: «محاربه با کشیدن سلاح محقق می شود و مقصود از سلاح، ابزار آلات جنگی و ابزار قتل است و همچنین هر چیزی که برای کشتن و مقاتله و زدن (ضرب) به کار می رود، هر چند عصا یا سنگ باشد».

۴۰. مفاتیح الشرائع، ج ۲، ص ۹۸: «محارب شخصی است که برای ترساندن مردم در خشکی یا دریا، در شهر یا خارج از شهر، در شب یا روز، اسلحه بکشد، خواه اسلحه اش از سنخ چیزهایی باشد که به عنوان سلاح ساخته می شود، مثل شمشیر و یا غیر آن باشد مثل عصا و سنگ».

۴۱. کاظمی، مسالک الافهام إلى آیات الاحکام، ج ۴، ص ۲۱۰.

اختصاص داده اند ولی همانطور که در کشف اللثام آمده، این اختصاص ممنوع است.^{۴۲} ایشان در جای دیگری مجدداً تأکید می‌کند: «اسلحه اعم است از آنکه از جنس آهن باشد یا از غیر آهن، مثل عصا و سنگ و مانند اینها، بلکه اگر ایجاد رعب و وحشت در جامعه از طریق آتش زدن باشد، باز هم محاربه تحقق می‌یابد».^{۴۳}

صاحب ریاض المسائل نیز با تمسک به معتبره سکونی، ضمن تقویت دیدگاهی که از جنس آهن بودن اسلحه را شرط نمی‌داند، تصریح می‌نمایند: «علاوه بر صدق محاربه بر هر چیزی که ترساندن به وسیله آن محقق شود، هر چند سنگ یا چیز دیگری باشد».^{۴۴}

یکی از فقه‌های معاصر نیز پس از بررسی تفصیلی ادله محاربه و ذکر مستندات روایی، قائل به تعمیم عنوان سلاح به مواردی مانند عصا، چوب دستی و سنگ شده و می‌نویسد:

از لحاظ فقهی بسیار بعید است که حمل سلاحی که از جنس آهن است، در صدق عنوان محارب و ترتب مجازات‌های آن خصوصیتی داشته باشد؛ درحالی که به تصریح آیه شریفه، موضوع جرم محاربه، محاربه با خدا و

۴۲. گلپایگانی، الدر المنضود، ج ۳، ص ۲۲۴: ظاهراً لازم نیست که اسلحه از جنس آهنی که نوعاً در جنگ‌ها به کار می‌رود، باشد، بلکه ملاک در صدق سلاح آن است که موجب ایجاد رعب و هراس شود؛ به این ترتیب که شیئی کشنده باشد، خواه از قبیل شمشیر باشد که در زمان‌های سابق رایج بوده، یا از قبیل تفنگ و مسلسل باشد، یا غیر از اینها از ادوات جنگی حاضر باشد، یا غیر از این گونه موارد باشد، مثل سنگ و عصا. هرچند برخی از اهل لغت اسلحه را مختص به مصنوعات آهنی دانسته‌اند، لکن این سخن - همان گونه که در کشف اللثام آمده است - صحیح نیست.

۴۳. گلپایگانی، الدر المنضود فی احکام الحدود، ج ۳، ص ۲۳۷.

۴۴. طباطبایی، ریاض المسائل، ج ۱۶، ص ۱۵۰. علاوه بر روایت سکونی باید توجه داشت که «محاربه به هر چیزی که با آن اخافه محقق می‌شود، صدق می‌کند، حتی اگر ایجاد وحشت با سنگ و غیر آن محقق شده باشد».

سعی در افساد در روی زمین است. ۴۵

با وجود تتبع قابل ملاحظه ای که در متون فقهی به انجام رسید، عبارت صریحی از فقهای امامیه که دلالت بر انحصار عنوان اسلحه بر شمشیر، خنجر و دیگر مصنوعات آهنی داشته باشد، یافت نشد. در تأیید دیدگاهی که عنوان سلاح را مفهومی عام می دانند، می توان به برخی روایات باب محاربه استناد کرد؛ از جمله:

۱. در روایت معتبره سکونی از امام صادق (ع) آمده است:

أَنَّ عَلِيًّا (ع) قَضَى فِي رَجُلٍ أَقْبَلَ بِنَارٍ فَأَشْعَلَهَا فِي دَارٍ قَوْمٌ فَأَحْتَرَقَتِ الدَّارُ وَ
احْتَرَقَ أَهْلُهَا وَاحْتَرَقَ مَتَاعُهُمْ قَالَ: يُغْرَمُ قِيمَةُ الدَّارِ وَمَا فِيهَا ثُمَّ يُقْتَلُ؛^{۴۶}

امیر مؤمنان (ع) درباره مردی که به عمد در خانه دیگران آتش افروخت و آن خانه و مردمش را با هر چه داشتند، سوزانید، فرمود: ابتدا غرامت خانه و اثاثیه را از وی می ستانند و سپس او را می کشند.

فقها در مورد اینکه مجازات قتل مرتکب از چه بابی است، اختلاف نظر دارند؛ برخی^{۴۷} قتل مرتکب را از باب افساد فی الارض می دانند، اما گروه دیگر قتل چنین شخصی را از باب محاربه تلقی کرده و آتش را در حکم سلاح گرفته اند.^{۴۸}

۲. در روایت سورة بن کلیب از امام باقر (ع) آمده است:

قُلْتُ: الرَّجُلُ يُخْرِجُ مِنْ مَنْزِلِهِ إِلَى الْمَسْجِدِ يُرِيدُ الصَّلَاةَ لَيْلًا فَيَسْتَقْبِلُهُ رَجُلٌ

۴۵. هاشمی شاهرودی، مجلة فقه اهل البيت عليهم السلام، شماره ۹، ص ۸۰.

۴۶. صدوق، من لا يحضره الفقيه، ج ۴، ص ۱۶۲ و شیخ سوطی، تهذیب الاحکام، ج ۱۰، ص ۲۳۱.

۴۷. علامه حلی، مختلف الشیعة، ج ۹، ص ۳۶۴؛ نکت النهایة، ج ۳، ص ۴۱۹.

۴۸. ر. ک: نجفی، جواهر الکلام، ج ۴۱، ص ۵۶۶؛ طباطبایی، ریاض المسائل، ج ۱۶، ص ۱۵۰؛

سبزواری، مهذب الاحکام، ج ۲۸، ص ۱۲۲؛ فاضل لنکرانی، تفصیل الشریعة- الحدود،

ص ۶۴۰؛ موسوی اردبیلی، فقه الحدود و التعزیرات، ج ۳، ص ۵۱۴؛ گلپایگانی، الدر

المنضود، ج ۳، ص ۲۳۷.

فَيَضْرِبُهُ بِعَصَا وَيَأْخُذُ ثَوْبَهُ ... فَقَالَ: هَؤُلَاءِ مِنَ الَّذِينَ قَالَ اللَّهُ: «إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ...» إِلَى آخِرِ آيَةٍ؛^{۴۹}

ابن کلیب می گوید: از امام پرسیدم: شخصی شب هنگام از منزل خویش خارج می شود تا نمازش را در مسجد اقامه کند. در این هنگام مردی به او می رسد و با عصا او را مضروب می سازد و لباسش را می برد امام فرمودند: چنین شخصی مصداق این آیه شریفه است: «إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَ...».

برخی فقها با توجه به اینکه وسیله ایراد ضرب و قدرت نمایی شخص متجاوز عصا بوده است، تعمیم عنوان اسلحه به عصا و مانند آن را از روایت استفاده کرده اند.^{۵۰}

نکته شایان ذکر در خصوص این روایت این است که مشایخ ثلاثه در جوامع روایی خود (کافی، تهذیب و من لایحضره الفقیه) که روایت مزبور را با اسناد معتبر و صحیح نقل کرده اند، عبارت «فَيَضْرِبُهُ بِعَصَا» را نیاورده اند. عدم ذکر این عبارت نه تنها خدشه ای به استدلال (عدم موضوعیت سلاح های آهنی در تحقق محاربه) وارد نمی کند، بلکه مؤید آن است که اصولاً در تحقق محاربه، وجود سلاح شرط نیست، بلکه صرف اعمال زور و قدرت نمایی و قهر و غلبه کفایت می کند.

۲. ایجاد ناامنی و سلب امنیت

در نظر برخی از فقهای امامیه^{۵۱} تنها زمانی شخص، مرتکب جرم محاربه شده

۴۹. عیاشی، تفسیر عیاشی، ج ۱، ص ۳۱۶.

۵۰. موسوی اردبیلی، فقه الحدود والتعزیرات، ج ۳، ص ۵۱۴؛ هاشمی شاهرودی، مجلة فقه اهل البيت عليهم السلام، شماره ۹، ص ۷۷.

۵۱. ر. ک: فاضل لنکرانی، تفصیل الشریعة - الحدود، ص ۶۴۱ و جامع المسائل، ج ۲،

است که با به کارگیری سلاح قصد ترساندن مردم را داشته باشد و در عمل نیز موجب ناامنی شود (دیدگاه شرطیت قصد و نتیجه)؛ اما به اعتقاد دسته ای دیگر از فقها، در دو صورت ذیل نیز امکان تحقق محاربه وجود دارد:

یک. در صورتی که به کارگیرنده سلاح قصد اخافه داشته باشد، اما در عمل موفق به ایجاد رعب و وحشت نشود^{۵۲} (دیدگاه قصد محور). برخی از قائلین به این دیدگاه،^{۵۳} صرف وجود قصد را در صورتی برای تحقق محاربه کافی می دانند که شخص مرتکب شائیت ایجاد رعب و وحشت را داشته باشد؛ در غیر این صورت اگر مرتکب به قدری ضعیف باشد که اصولاً شائیت و قدرت ایجاد رعب و وحشت را نسبت به هیچ یک از افراد جامعه نداشته باشد، قصد او برای ایجاد ترس مانند عدم قصد تلقی شده و از این رو بر وی محارب اطلاق نمی شود.

دو. حالتی که به کارگیرنده سلاح قصد ترساندن نداشته باشد، اما در عمل موجب ایجاد خوف و هراس در جامعه شود^{۵۴} (دیدگاه نتیجه محور).

با عنایت به اینکه موضع قانون گذار در مورد جرم محاربه، هم در قانون مجازات اسلامی سابق و هم در قانون مجازات فعلی روشن است، ما در این نوشته بدون اینکه قصد داوری، بررسی و تحلیل دیدگاه های پیش گفته را داشته باشیم، نگاهی اجمالی به رویکرد قانون گذار در مقاطع مختلف خواهیم افکند.

> ص ۴۴۳؛ گلپایگانی، الدر المنضود، ج ۳، ص ۲۲۲-۲۲۳؛ بهجت، جامع المسائل، ج ۵، ص ۳۲۷؛ مکارم شیرازی، گنجینه آرای فقهی، سؤال ۶۶۵۱.

۵۲. ر. ک: محقق حلی، شرائع الإسلام، ج ۴، ص ۱۶۷؛ علامه حلی، تحریر الاحکام الشرعیة، ج ۵، ص ۳۸۰ و قواعد الاحکام، ج ۳، ص ۵۶۸؛ فخر المحققین، ایضاح الفوائد، ج ۴، ص ۵۴۳؛ صیمری، غایة المرام، ج ۴، ص ۳۴۹؛ شهید ثانی، مسالک الافهام، ج ۱۵، ص ۷؛ فاضل هندی، کشف اللثام، ج ۱۰، ص ۶۳۵.

۵۳. ر. ک: امام خمینی، تحریر الوسيلة، ج ۲، ص ۴۹۲؛ سبزواری، مهذب الاحکام، ج ۲۸، ص ۱۲۰؛ هاشمی شاهرودی، بایسته های فقه جزا، ص ۳۰۰.

۵۴. شهید ثانی، الروضة البهیة (المحشی - کلانتر)، ج ۹، ص ۲۹۰.

قانون حدود سال ۱۳۶۱ (ماده ۱۹۶ و تبصره های آن^{۵۵}) و همچنین قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۷۰ (ماده ۱۸۳ و تبصره های آن^{۵۶}) از دیدگاه قدر متیقنی یا دیدگاه شرطیت قصد و نتیجه (دیدگاهی که قصد و نتیجه را برای تحقق محاربه شرط می داند) پیروی کرده و وجود سه عنصر را برای تحقق جرم محاربه ضروری می دانست:

- به کارگیری سلاح؛

- قصد ایجاد رعب و وحشت؛

- تحقق رعب و وحشت در جامعه. ^{۵۷}

۵۵. هر کس که برای ایجاد رعب و هراس و سلب آزادی و امنیت مردم دست به اسلحه ببرد، محارب می باشد.

تبصره ۱- میان سلاح سرد و سلاح گرم فرقی نیست.

تبصره ۲- کسی که به روی مردم سلاح بکشد، ولی در اثر ناتوانی موجب هراس هیچ فردی نشود، محارب نیست.

تبصره ۳- کسی که سلاح خود را به سوی یک یا چند نفر مخصوصی بکشد و جنبه عمومی نداشته باشد، محارب نیست.

۵۶. هر کس که برای ایجاد رعب و هراس و سلب آزادی و امنیت مردم دست به اسلحه ببرد، محارب و مفسد فی الارض می باشد.

تبصره ۱- کسی که به روی مردم سلاح بکشد، ولی در اثر ناتوانی موجب هراس هیچ فردی نشود، محارب نیست.

تبصره ۲- اگر کسی سلاح خود را با انگیزه عداوت شخصی به سوی یک یا چند نفر مخصوص بکشد و عمل او جنبه عمومی نداشته باشد محارب محسوب نمی شود.

تبصره ۳- میان سلاح سرد و سلاح گرم فرقی نیست.

۵۷. بنا بر برخی برداشت ها همین قدر که عمل مرتکب یا خود او شائیت ایجاد اخافه را داشت، با وجود شرایط دیگر (به کارگیری سلاح و وجود قصد اخافه) محاربه محقق می شد؛ لکن با عنایت به مفاد تبصره یک همین ماده و تنقیح مناط از آن می توان چنین برداشتی از ماده را نادرست دانست.

مطابق قوانین مزبور، در صورت فقدان هریک از این سه شرط، جرم محاربه محقق نخواهد شد. از این رو، شمول عنوان محارب بر بیشتر اسیدپاشی‌ها که به دلیل خصومت‌های شخصی صورت می‌گیرد، مشکل به نظر می‌رسید، مگر اینکه احراز می‌شد عمل اسیدپاشی به قصد ایجاد رعب و وحشت - و نه با قصد خصومت شخصی و انتقام‌جویی - صورت گرفته است.

اما ماده ۲۷۹ ق. م. ا مصوب ۱۳۹۲ با تبعیت از دیدگاه نتیجه‌محور که عنصر اساسی و شاه‌بیت تحقق محاربه را ایجاد ناامنی می‌داند، مقرر داشته است:

محاربه عبارت از کشیدن سلاح به قصد جان، مال یا ناموس مردم یا ارباب آنها است، به نحوی که موجب ناامنی در محیط گردد. هرگاه کسی با انگیزه شخصی به سوی یک یا چند شخص خاص سلاح بکشد و عمل او جنبه عمومی نداشته باشد و نیز کسی که به روی مردم سلاح بکشد، ولی در اثر ناتوانی موجب سلب امنیت نشود، محارب محسوب نمی‌شود.

بر اساس ماده مزبور، همچنان که به کارگیری سلاح به قصد اخافه موجب تحقق محاربه می‌شود، به کارگیری سلاح به قصد جان یا مال یا ناموس دیگری که در عمل موجب ایجاد رعب و وحشت در جامعه و ایجاد ناامنی شده است نیز موجب تحقق محاربه خواهد شد. ممکن است تصور شود ذیل ماده مزبور با صدر آن در تعارض است؛ اما چنین برداشتی صحیح نیست؛ زیرا نه تنها ذیل ماده تعارضی با صدر آن ندارد، بلکه تفسیر یا تقریر و تأکید مجددی بر مفاد صدر ماده است که در آن، ایجاد ناامنی به عنوان نقطه ثقل و محوری تحقق محاربه قلمداد شده است. مقنن به دنبال بیان این مطلب در صدر ماده، در بخش دوم و ذیل ماده تأکید می‌کند که اسلحه کشیدنی که به انگیزه‌های شخصی (به قصد جان، مال یا ناموس دیگری) است، در صورتی که موجب ناامنی نشود، مصداق محاربه نخواهد بود. مقنن همین رویکرد را حتی در مواردی که اسلحه کشیدن به قصد

ایجاد اخافه صورت گرفته، اما در عمل موجب ایجاد ناامنی نشده، حفظ کرده و مرتکب را محارب نشناخته است. ۵۸

با عنایت به صدر ماده ۲۷۹ ق. م. ا عمل شخصی که اقدام به اسیدپاشی کرده و در جامعه رعب و وحشت ایجاد کرده، مصداق محاربه است، هرچند هدف و غرض او از پاشیدن اسید، صرفاً مسائل شخصی و انتقام جویی - نه ایجاد رعب و وحشت - باشد.

ممکن است در نظر برخی صاحب نظران، دیدگاه فقهی پذیرفته شده توسط قانون گذار در ماده ۲۹۷ جای نقد و تأمل داشته باشد؛ اما این دیدگاه با عموم آیه (که در آن قصد اخافه شرط نشده است) و همچنین با مفاد برخی روایات که قطاع الطريق^{۵۹} و مانند آن را^{۶۰} محارب می داند، مطابقت دارد. در حالی که نوعاً قصد

۵۸. هرچند در ماده علت عدم ایجاد ناامنی، ناتوانی شخص در ایجاد ناامنی شمرده شده و آمده است: «کسی که به روی مردم سلاح بکشد، ولی در اثر ناتوانی موجب سلب امنیت نشود، محارب محسوب نمی شود»، لکن باید توجه داشت که در تحقق یا عدم تحقق محاربه - با توجه به مبنای مختار قانون گذار - تحقق یا عدم تحقق اخافه و ناامنی مهم است، نه منشا ایجاد یا عدم ایجاد ناامنی.

۵۹. عَنْ عَلِيٍّ بْنِ أَصْبَاطٍ عَنْ (دَاوُدَ بْنِ أَبِي زَيْدٍ عَنْ عَبْدِ بْنِ بَشَرَ الْخَثْعَمِيِّ) قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ (ع) عَنْ قَاطِعِ الطَّرِيقِ وَقُلْتُ: النَّاسُ يَقُولُونَ: إِنَّ الْإِمَامَ فِيهِ مُخَيَّرُ أَيِّ شَيْءٍ شَاءَ صَنَعَ؟ قَالَ: لَيْسَ أَيْ شَيْءٍ شَاءَ صَنَعَ وَلَكِنَّهُ يَصْنَعُ بِهِمْ عَلَى قَدَرِ جَنَائِبِهِمْ مَنْ قَطَعَ الطَّرِيقَ فَقَتَلَ وَأَخَذَ الْمَالَ قُطِعَتِ يَدُهُ وَرَجُلُهُ وَصَلَبَ وَمَنْ قَطَعَ الطَّرِيقَ فَقَتَلَ وَلَمْ يَأْخُذْ الْمَالَ قُتِلَ وَمَنْ قَطَعَ الطَّرِيقَ فَأَخَذَ الْمَالَ وَلَمْ يَقْتُلْ قُطِعَتِ يَدُهُ وَرَجُلُهُ وَمَنْ قَطَعَ الطَّرِيقَ فَلَمْ يَأْخُذْ مَالًا وَلَمْ يَقْتُلْ نَفِيَ مِنَ الْأَرْضِ. (وسائل الشيعة، ج ۲۸، ص ۳۱۰). عَنْ وَهْبٍ عَنْ جَعْفَرٍ عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ قَالَ: إِذَا دَخَلَ عَلَيْكَ رَجُلٌ يُرِيدُ أَهْلَكَ وَمَالَكَ فَأَبْدُرْهُ بِالضَّرْبَةِ إِنْ اسْتَطَعْتَ فَإِنَّ اللَّصَّ مُحَارِبٌ لِلَّهِ وَلِرَسُولِهِ فَمَا تَبِعَكَ مِنْهُ شَيْءٌ فَهُوَ عَلَيَّ: (وسائل الشيعة، ج ۱۵، ص ۱۱۹)

۶۰. عَنْ صَفْوَانَ بْنِ يَحْيَى عَنْ طَلْحَةَ النَّهْدِيِّ عَنْ سُورَةَ بْنِ كُلَيْبٍ، قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع): رَجُلٌ يَخْرُجُ مِنْ مَنْزِلِهِ يُرِيدُ الْمَسْجِدَ أَوْ يُرِيدُ الْحَاجَةَ فَيَلْقَاهُ رَجُلٌ وَيَسْتَعْقِبُهُ فَيَضْرِبُهُ وَيَأْخُذُ

این افراد از ارتکاب عمل مجرمانه، بردن مال مردم است نه ایجاد رعب و وحشت. حتی بنابر قولی که قصد ایجاد رعب و وحشت را شرط تحقق محاربه می‌داند، ممکن است بگوییم در شرایطی نظیر مقطع کنونی که وقوع مواردی از اسیدپاشی، جو رعب و وحشت را در برخی شهرها به وجود آورده و در جامعه التهاب و احساس ناامنی ایجاد کرده است، هرگونه اقدام به اسیدپاشی با قصد ایجاد رعب و وحشت - ولو به صورت ضمنی و تبعی - مقرون و همراه خواهد بود؛ حتی اگر مرتکب به صراحت، چنین قصدی نداشته باشد. مؤید این برداشت، فتاوی برخی فقهای معاصر است که وجود قصد را - با وجود اینکه مرتکب قصد اخافه نداشته است - مفروض گرفته‌اند.^{۶۱}

> ثَوْبُهُ، قَالَ: أَيُّ شَيْءٍ يَقُولُ فِيهِ مَنْ قَبْلَكُمْ؟ قُلْتُ: هَذِهِ دَعَاةٌ مُعَلَّنَةٌ وَإِنَّمَا الْمُحَارَبُ فِي قُرَى مُشْرِكَةٍ فَقَالَ: أَيُّهُمَا أَعْظَمُ؟ حُرْمَةُ دَارِ الْإِسْلَامِ أَوْ دَارِ الشُّرُكِ؟ قَالَ: فَقُلْتُ: دَارُ الْإِسْلَامِ، فَقَالَ: هَؤُلَاءِ مِنْ أَهْلِ هَذِهِ الْآيَةِ: إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ إِلَى آخِرِ الْآيَةِ: (وسائل الشيعة، ج ۲۸، ص ۳۱۴).

۶۱. ر. ک: گنجینه استفتائات قضایی، مؤسسه آموزشی و پژوهشی قضا - قم، سؤال ۵۲۶.

(متن پرسش و پاسخی که در این خصوص صورت گرفته است، چنین است:

سؤال: باتوجه به اینکه در فقه امامیه تشهیر سلاح برای اخافه مردم محاربه محسوب می‌شود، آیا در صورتی که متهم بدون قصد اخافه یا ادعای اینکه قصد اخافه نداشته اعمال زیر را انجام دهد، محاربه محسوب می‌شود؟

الف) کشیدن سلاح برای غارت قهری و علنی اموال مردم؛

ب) کشیدن سلاح برای اراقه دم و کشتار مردم؛

ج) کشیدن سلاح برای ربودن و هتک نوامیس مردم.

پاسخ آیت الله العظمی مکارم شیرازی: با توجه به اینکه موارد قصد به طور قهری حاصل

است و ظاهر عمل نیز چنین است، حکم محارب دارد. ۱۳۸۵/۱۱/۰۲

پاسخ آیت الله العظمی موسوی اردبیلی: در هر سه مورد اخافه محقق است و کاری که

مخیف است با قصد از او سر زده و با وجود سایر شرایط، محاربه بر عمل او صادق است.

۱۳۸۵/۱۱/۲۵

ریاست سابق قوه قضائیه نیز با تفصیل دادن بین موارد مختلف، می نویسد:

می توان میان موردی که تحقق ارباب و سلب امنیت، تصادفی و غیر مقصود باشد و موردی که تحقق ارباب و سلب امنیت لازمه سلاح کشیدن بوده و حصول و تحقق خارجی آن معلوم باشد، هرچند مقصود اصلی نباشد، تفصیل قائل شد؛ بدین معنا که در مثل مورد دوم، محاربه و سعی در ایجاد فساد صدق می کند، برخلاف مورد اول.^{۶۲}

ممکن است گفته شود: «اگر اخافه بالفعل در تحقق جرم محاربه کافی باشد، لازم می آید که بسیاری از قتل ها را مصداق محاربه بدانیم؛ درحالی که چنین چیزی نادرست و نامعقول است». در پاسخ به این ایراد باید گفت اتفاقاً اگر ارتکاب جنایت بر تمامیت جسمانی افراد، در موارد خاصی با ایجاد جو رعب و وحشت در جامعه ملازمه داشته باشد و موجب بروز ناامنی و بلکه احساس ناامنی شود، چنین مواردی واقعاً مصداق محاربه است؛ به خصوص در مواردی که زمینه ایجاد چنین ناامنی ای در جامعه وجود داشته و مرتکب نیز به آن آگاه است. نحوه ارتکاب برخی جنایات علیه جسم و جان انسان ها و خشونت به کار رفته در انجام این گونه جرائم یا تکرار آنها (ارتکاب سریالی جنایت ها) حتی اگر به انگیزه های شخصی و بلکه به انگیزه های به ظاهر شرافتمندانه باشد، مصداق محاربه خواهد بود؛ چنان که ارتکاب خشونت بار جرائم علیه اموال که موجب ایجاد ناامنی اجتماعی می شود نیز می تواند مصداق محاربه باشد. اینکه در برخی روایات ما راهزنان^{۶۳} و در برخی

۶۲. هاشمی شاهرودی، بایسته های فقه جزا، ص ۳۰۱

۶۳. حر عاملی، وسائل الشیعة، ج ۲۸، باب اول از أَبْوَابُ حَدِّ الْمُحَارَبِ، ح ۵، ص ۳۱۰ و ح ۸، ص ۳۱۱؛ میرزا حسین نوری، مستدرک الوسائل، ج ۶، باب ۸ از ابواب صلاة المسافر، ح ۱، ص ۵۳۴ و ج ۱۸، باب اول از ابواب حد المحارب، ح ۳، ص ۱۵۶.

دیگر دزدان^{۶۴} و در برخی دیگر قاتلان و جانیان^{۶۵} مصداق محارب شناخته شده اند، این است که عمل آنها جامعه را دچار ناامنی کرده است. در غیر این صورت اگر عمل آنها موجب اخافه در جامعه نمی شد، با توجه به اینکه نشانی از قصد اخافه نیز وجود ندارد، بنابر قاعده باید مرتکبان این جرائم به مجازات سرقت حدی یا تعزیری یا قصاص یا دیه محکوم می شدند، نه مجازات محارب.

ب) مجازات اسیدپاش محارب

بر اساس ماده ۲۸۲ قانون مجازات اسلامی: «حد محاربه یکی از این چهار مجازات است: اعدام، صلب، قطع دست راست و پای چپ، نفی بلد». انتخاب یکی از این مجازات ها مطابق ماده ۲۸۳ ق. م. ا^{۶۶} در اختیار قاضی است. آنچه که در این ماده قانونی آمده است مطابق ظاهر آیه ۳۳ سوره مائده^{۶۷}، برخی از روایات^{۶۸}

۶۴. حر عاملی، وسائل الشیعة، ج ۱۱، باب ۴۳ از ابواب آداب السفر، ح ۲، ص ۴۲۵؛ ج ۱۵، باب ۴۶ از ابواب جهاد العدو، ح ۳، ص ۱۱۹ و ح ۷، ص ۱۲۱.

۶۵. حر عاملی، وسائل الشیعة، ج ۲۸، باب اول از ابواب حد المحارب، ح ۱، ص ۳۰۷ و باب دوم، ح ۲، ص ۳۱۴.

۶۶. «ماده ۲۸۳- انتخاب هر یک از امور چهارگانه مذکور در ماده (۲۸۲) به اختیار قاضی است.»

۶۷. إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ (سوره مائده، آیه ۳۳) در آیه شریفه مجازات های چهارگانه با حرف عطف «و» که دلالت بر تخییر دارد، آمده است. همچنین بر اساس روایتی از امام صادق (ع)، واژه «او» در قرآن، ظهور در تخییر دارد: (ر. ک: کلینی، الکافی، ج ۴، ص ۳۵۸).

۶۸. ر. ک: حر عاملی، وسائل الشیعة، ج ۲۸، باب اقسام حدوده و احکامها، ص ۳۰۷، ح ۱؛ ص ۳۰۸، ح ۳، ص ۳۱۲، ح ۹.

و فتوای گروهی از فقهای^{۶۹} ماست.

گروه دیگری از فقها^{۷۰} با تکیه بر دسته‌ای از روایات^{۷۱} که در آنها به ملحوظ داشتن تناسب بین جرم و جنایت تصریح شده و در واقع مفسر و مبین روایات دسته اول اند و همچنین با تأکید بر سیره عقلا و حکم عقل مبنی بر لزوم رعایت بین میزان مجازات با جرم ارتكابی، معتقدند حاکم در انتخاب مجازات‌های چهارگانه اختیار تام نداشته، بلکه ملزم به رعایت تناسب بین جرم و مجازات است. مرحوم صاحب جواهر قول به ترتیب و تناسب جرم و مجازات‌ها را که به مشهور نسبت داده و روایات مربوط به این دیدگاه را در حد استفاضه تلقی کرده و به دلیل مخالفت مضمون آنها با قول اهل سنت، نسبت به روایات دسته اول مقدم می‌داند.^{۷۲}

در هر حال بر فرض قبول تخییر قاضی در انتخاب نوع مجازات، چنین تخییری مربوط به فضایی است که قاضی مجتهد دارای شرایط منصب قضاست و چنین دادرسی با لحاظ تمامی جوانب که قطعاً یکی از مهم‌ترین آنها رعایت تناسب

۶۹. شیخ مفید، المقنعة، ص ۸۰۴؛ محقق حلی، شرائع الإسلام، ج ۴، ص ۱۶۷؛ فخرالمحققین، إیضاح الفوائد، ج ۴، ص ۵۴۴؛ ابن فهد حلی، المذهب البارع، ج ۵، ص ۱۲۳؛ ابن ادریس حلی، السرائر، ج ۳، ص ۵۰۵؛ امام خمینی، تحریر الوسیلة، ج ۲، ص ۴۹۳.

۷۰. شیخ طوسی، النهایة، ص ۷۲۰؛ ابن براج، المذهب، ج ۲، ص ۵۵۳؛ حلی هذلی، الجامع للشرائع، ص ۲۴۱؛ فیض کاشانی، مفاتیح الشرائع، ج ۲، ص ۱۰۰؛ نجفی، جواهر الکلام، ج ۴۱، ص ۵۷۶؛ خویی، مبانی تکملة المنهاج، ج ۴۱ از موسوعة، ص ۳۸۵؛ وحید خراسانی، منهاج الصالحین، ج ۳، ص ۴۹۹؛ ابن حمزه، الوسیلة إلى نیل الفضیلة، ص ۲۰۶؛ ابن زهره، غنیة النزوع، ص ۲۰۱.

۷۱. ر. ک: حر عاملی، وسائل الشیعة، ج ۲۸، باب أقسام حُدُودِهِ وَأَحْکَامِهَا، ص ۳۰۸، ح ۲، ص ۳۰۹، ج ۴، ص ۳۱۰، ح ۵ و ح ۶، ص ۳۱۱، ح ۸، ص ۳۱۲، ح ۱۰، ص ۳۱۳، ح ۱۱.

۷۲. نجفی، جواهر الکلام، ج ۴۱، ص ۵۷۶.

جرم و مجازات است، به تعیین مجازات اقدام خواهد کرد. از نگاه عقل و سیره عقلا، پذیرفتنی نیست که مجازات شخصی که امنیت کشوری را برهم زده و مرتکب ده ها فقره قتل و غارت، راهزنی، زورگیری و اخافه و ارعاب شده است، تبعید باشد، ولی مجازات شخصی که تنها برای یک بار اقدام به قدرت نمایی و ایجاد رعب و وحشت در محله ای کرده و پس از آن نیز هیچ گاه عمل خود را تکرار نکرده است، اعدام باشد. چگونه می توان چنین امر نامعقولی را که عقلای عالم با هر مسلک و مرامی آن را برنمی تابند، به رئیس العقلا و شارح نسبت داد؟ در روایت صحیحہ برید بن معاویه آمده است:

برید بن معاویه، قال: سألت أبا عبد الله (ع) عن قول الله عز وجل: «إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ...»: مائدة، آیه ۳۳ قال: ذلك إلى الإمام يفعل ما شاء (پشاه)، قلت: فمفوض ذلك إليه؟ قال: لا، ولكن نحو الجنایة؛

از امام صادق (ع) در مورد مجازات های مذکور در آیه محاربه سؤال کردم: آیا مجازات محارب به امام تفویض شده است؟ فرمود: خیر، بلکه مجازات همانند جنایت و به اندازه آن است. ۷۳

با عنایت به چنین روایاتی، باید گفت اطلاق آیه و برخی روایات که ظاهر در تخییر قاضی نسبت به انتخاب مجازاتند، به وسیله روایات دیگر (مانند صحیحہ برید) تقیید خورده است.

علی رغم اینکه قانون مجازات اسلامی از دیدگاه تخییری بودن مجازات های محارب تبعیت کرده است، بازهم در شرایط فعلی می توان مطابق حکم عقل و سیره خردمندان و قواعد و ضوابط پذیرفته شده حقوقی که تناسب بین جرم و مجازات را امری لازم و ضروری می دانند، مجازات مجرم را تعیین کرد؛ زیرا تخییر مفهوم عامی است که قول به ترتیب نیز می تواند یکی از افراد این تخییر باشد.

۷۳. ر. ک: حر عاملی، وسائل الشیعة، ج ۲۸، باب اقسام حدوده و احکامها، ص ۳۰۸، ح ۲.

لازم به یادآوری است که در ماده ۲۸۴ نسخه اولیه لایحه قانون مجازات اسلامی^{۷۴} که بر رعایت تناسب بین مجازات با جرم ارتكابی از سوی محارب تأکید شده بود، مخالفت صریحی از سوی شورای نگهبان ابراز نشد، بلکه شورا تنها خواستار رفع ابهام از ماده شده بود^{۷۵} که مجلس به جای رفع ابهام، به طور کلی مفاد ماده را تغییر داد.

اسیدپاشی به مثابه افساد في الأرض^{۷۶}

از منظر فقهی، در رابطه با جرم افساد و محاربه سه دیدگاه وجود دارد:

- برخی از فقها^{۷۷} معتقدند جرم محاربه و افساد، جرم واحدی است که علیه

۷۴. ماده مزبور مقرر می داشت: «انتخاب هر یک از این امور چهارگانه با رعایت تناسب به اختیار قاضی است».

۷۵. نظر شورا درخصوص ماده مزبور چنین بود: «ماده ۲۸۴ از این جهت که مشخص نیست آیا مقصود از «با رعایت تناسب» همان ترتیبی است که در روایات آمده یا خیر، ابهام دارد، پس از رفع ابهام اظهار نظر خواهد شد».

۷۶. «ماده ۲۸۶- هرکس به طور گسترده، مرتکب جنایت علیه تمامیت جسمانی افراد، جرائم علیه امنیت داخلی یا خارجی کشور، نشر اکاذیب، اخلال در نظام اقتصادی کشور، احراق و تخریب، پخش مواد سمی و میکروبی و خطرناک یا دایر کردن مراکز فساد و فحشا یا معاونت در آنها گردد، به گونه ای که موجب اخلال شدید در نظم عمومی کشور، ناامنی یا ورود خسارت عمده به تمامیت جسمانی افراد یا اموال عمومی و خصوصی، یا سبب اشاعه فساد یا فحشا در حد وسیع گردد، مفسد في الأرض محسوب و به اعدام محکوم می گردد.

تبصره- هرگاه دادگاه از مجموع ادله و شواهد قصد اخلال گسترده در نظم عمومی، ایجاد ناامنی، ایراد خسارت عمده و یا اشاعه فساد یا فحشا در حد وسیع و یا علم به مؤثر بودن اقدامات انجام شده را احراز نکند و جرم ارتكابی مشمول مجازات قانونی دیگری نباشد، با توجه به میزان نتایج زیان بار جرم، مرتکب به حبس تعزیری درجه پنج یا شش محکوم می شود».

۷۷. بهجت، گنجینه استفتائات قضایی، سؤال ۶۴۸۴؛ موسوی اردبیلی، گنجینه استفتائات قضایی، سؤال ۴۶۶.

امنیت داخلی محقق شده و عبارت است از اسلحه کشیدن به قصد ترساندن مردم که در عمل نیز موجب ایجاد رعب و وحشت می شود.^{۷۸}

- برخی از فقها^{۷۹} جرم افساد را مستقل از محاربه می دانند. براساس این دیدگاه، محاربه جرمی علیه امنیت داخلی بوده که عبارت است از اسلحه کشیدن، لکن جرم افساد دارای مصادیق متنوع بوده و موضوع آن حسب مورد می تواند امنیت داخلی، امنیت خارجی، امنیت اقتصادی، حوزه سلامت و بهداشت، حوزه مسائل اخلاقی یا مسائل اعتقادی یا غیر از این موارد باشد. حتی گروهی^{۸۰} از فقها معتقدند که محاربه خود مصداقی از جرم افساد فی الارض است.

- برخی دیگر از فقها^{۸۱} معتقدند که جرم محاربه دارای دو جزء است: جزء اول آن محاربه و اسلحه کشیدن، جزء دوم آن افساد فی الارض است. دراین باره که آیا افساد فی الارض در این دیدگاه به عنوان رکن مادی مطرح است یا رکن معنوی، عبارات فقها مختلف است. برخی^{۸۲} از قائلین این دیدگاه سعی در افساد

۷۸. این تعریف براساس دیدگاه نتیجه محور است که مورد تبعیت قانون مجازات اسلامی فعلی است.

۷۹. امام خمینی، استفتائات، ج ۳، ص ۶۵، سؤال ۱۰؛ مکارم شیرازی، گنجینه استفتائات قضایی، سؤال ۴۶۶ و سؤال ۶۴۸۴؛ نوری همدانی، همان، سؤالات ۴۶۶ و ۶۴۸۴.
۸۰. محقق اردبیلی، زیادة البیان، ص ۶۶۶؛ فاضل لنکرانی، تفصیل الشریعة - الحدود، ص ۶۳۹.

۸۱. نجفی، جواهر الکلام، ج ۴۱، ص ۵۶۶؛ امام خمینی، تحریر الوسيلة، ج ۲، ص ۴۹۲؛ مرعشی نجفی، منهاج المؤمنین، ج ۲، ص ۲۷۶؛ سبزواری، مهذب الاحکام، ج ۲۸، ص ۱۱۸؛ مشکینی، الفقه الماثور، ص ۵۰۷؛ موسوی اردبیلی، فقه الحدود و التعزیرات، ج ۳، ص ۵۱۷.

۸۲. امام خمینی، تحریر الوسيلة، ج ۲، ص ۴۹۲؛ مرعشی، منهاج المؤمنین، ج ۲، ص ۲۷۶؛ سبزواری، مهذب الاحکام، ج ۲۸، ص ۱۱۸؛ مشکینی، الفقه الماثور، ص ۵۰۷؛ موسوی اردبیلی، فقه الحدود و التعزیرات، ج ۳، ص ۵۱۷.

في الأرض را به عنوان انگیزه و بلکه رکن معنوی جرم محاربه می دانند، لکن ظاهر کلام برخی دیگر^{۸۳} آن است که افساد فی الارض بخشی از رکن مادی جرم محاربه است. از این رو زمانی محاربه تحقق خواهد یافت که بر وجه افساد فی الارض باشد. فرق این دیدگاه با دیدگاه اول در آن است که مطابق دیدگاه اول، تصریح نشده است که قصد و انگیزه مرتکب باید فساد در روی زمین بوده یا عمل او بر وجهی باشد که موجب فساد در روی زمین شود. البته بعید نیست قصد اخافه و به وجود آمدن رعب و وحشت عمومی در عبارات فقهای دسته اول، اشاره به همان قصد افساد و عمل افساد فی الارض باشد.^{۸۴}

از آنجاکه در نوشته های متعددی^{۸۵} به صورت مستقل به ارزیابی و تحلیل دیدگاه های مزبور پرداخته شده است، در اینجا نیازی به تکرار آن مباحث احساس نمی شود. ضمن اینکه با تصویب قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۹۲ موضع قانون گذار تا حدود زیادی روشن شده است.

یادآوری می شود ماده ۱۸۳ ق. م. ا مصوب ۱۳۷۰ که به ظاهر با تبعیت از دیدگاه نخست تدوین یافته بود، مقرر می داشت: «هرکس که برای ایجاد رعب و هراس و سلب آزادی و امنیت مردم دست به اسلحه ببرد، محارب و مفسد فی الارض می باشد». این ماده به گونه ای تدوین شده بود که از آن، وحدت و یگانگی افساد فی الارض و محاربه استفاده می شد؛ لکن با توجه به قوانین متعدد دیگری مانند ماده ۴ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشا و اختلاس و کلاهبرداری مصوب

۸۳. نجفی، جواهر الکلام، ج ۴۱، ص ۵۶۶.

۸۴. ر. ک: تبریزی، أسس الحدود و التعزیرات، ص ۳۸۱؛ بهجت، گنجینه استفتائات قضایی، سؤال ۶۴۸۴.

۸۵. ر. ک: هاشمی شاهرودی، محارب کیست و محاربه چیست؟ مجله فقه اهل بیت، شماره های ۱۱-۱۲ و ۱۳؛ مؤمن، کلمات سدیة، ص ۳۵۹-۴۱۶.

۲۸/ ۶/ ۱۳۶۴ مجلس شورای اسلامی و ۱۵/ ۹/ ۱۳۶۷ مجمع تشخیص مصلحت نظام، ماده ۹ قانون اصلاح قانون مبارزه با مواد مخدر و الحاق موادی به آن، مصوب ۱۷/ ۸/ ۱۳۷۶ مجمع تشخیص مصلحت نظام با اصلاحات بعدی، ماده ۳ قانون نحوه مجازات اشخاصی که در امور سمعی و بصری فعالیت های غیرمجاز می نمایند مصوب ۱۶/ ۱۰/ ۱۳۸۶، ماده ۲ قانون مجازات اخلاکگران در نظام اقتصادی کشور مصوب ۱۹/ ۹/ ۱۳۶۹ با اصلاحات و الحاقات بعدی، ماده ۱ قانون مجازات عبوردهندگان اشخاص غیرمجاز از مرزهای کشور مصوب ۱۴/ ۷/ ۱۳۶۷، ماده ۳ قانون مبارزه با قاچاق انسان مصوب ۲۸/ ۴/ ۱۳۸۳، تبصره سوم ماده ۱۴ قانون جرائم رایانه ای مصوب ۱۳۸۸ (یا ماده ۷۴۲ الحاقی ۵/ ۳/ ۱۳۸۸ قانون تعزیرات) که در آنها جرم افساد فی الارض در مفهومی غیر از محاربه به کار رفته بود، در دوگانگی و ثنویت محاربه و افساد فی الارض از حیث مقررات قانونی - و حمل عبارات ماده ۱۸۳ بر مسامحه و سهل انگاری در تدوین - تردیدی باقی نمی ماند.

قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ با تبعیت از دیدگاه دوم، مقررات مربوط به محاربه را در فصل هشتم و مقررات مربوط به بغی و افساد فی الارض را در فصل نهم کتاب حدود بیان کرده است.

ماده ۲۸۶ ق. م. ا مصوب ۱۳۹۲ مقرر می دارد:

هرکس به طور گسترده مرتکب جنایت علیه تمامیت جسمانی افراد، جرائم علیه امنیت داخلی یا خارجی کشور، نشر اکاذیب، اخلاص در نظام اقتصادی کشور، احراق و تخریب، پخش مواد سمی و میکروبی و خطرناک یا دایر کردن مراکز فساد و فحشا یا معاونت در آنها گردد به گونه ای که موجب اخلاص شدید در نظم عمومی کشور، ناامنی یا ورود خسارت عمده به تمامیت جسمانی افراد یا اموال عمومی و خصوصی، یا سبب اشاعه فساد یا

فحشا در حد وسیع گردد، مفسد فی الارض محسوب و به اعدام محکوم

می گردد.

براساس ماده مزبور، اسیدپاشی که مصداقی از جنایت علیه تمامیت جسمانی

افراد است، در صورتی مصداق جرم افساد فی الارض خواهد بود که:

۱. فعل مرتکب به صورت گسترده و وسیع بوده و عملاً موجب اختلال شدید

در نظم عمومی کشور شود.

۲. فعل مرتکب به صورت گسترده و وسیع بوده و عملاً سبب ایجاد ناامنی

شود.

۳. عمل مرتکب در حد وسیع و گسترده و با ایراد خسارت عمده به تمامیت

جسمانی افراد باشد.

همان گونه که ملاحظه می شود، برای صدق عنوان افساد فی الارض بر رفتار

مجرمانه اسیدپاشی در تمامی صور، گستردگی عمل اسیدپاشی شرط است.

متأسفانه در این قانون و در قوانین دیگر چنین واژه ای تعریف نشده است؛

درحالی که با توجه به اهمیت این جرم و مجازات سنگین پیش بینی شده برای آن،

تبیین این مفهوم و ترسیم حدود و ثغور آن ضرورت داشت. البته ممکن است گفته

شود مفهوم فعل گسترده نیز مانند سایر مفاهیم عرفی چون اکراه، اضطرار، ناامنی و

خوف، سرایت است که حسب مورد و بنابه مقتضیات زمانی و مکانی و اوضاع و

احوال و شرایط مختلف می تواند مصادیق متنوعی داشته باشد؛ ازاین رو تعریف

بردار نیست و باید آن را به تشخیص دادگاه ها و محاکم سپرد.

ضمن اذعان به صعوبت تعریف فعل گسترده، می توان ادعا کرد که ارائه

تعریفی که دربردارنده قدر متیقنی از مقصود قانون گذار باشد، امری ناممکن

نیست؛ هر چند انجام آن نیاز به کارشناسی، تأمل و تحقیق و صرف وقت و دقت

داشته باشد؛ چنان که در موارد مشابه، قانون گذار با ارائه ضابطه ای مقصود خود از چنین مفاهیمی را تبیین کرده است. به عنوان مثال در تبصره ۲ ماده ۳ قانون «نحوه مجازات اشخاصی که در امور سمعی و بصری فعالیت های غیرمجاز می نمایند» (مصوب ۱۳۸۶) در مقام تبیین تکثیر و توزیع عمده آثار سمعی و بصری مستهجن مقرر می دارد: «تعداد نوار یا لوح فشرده و مانند آن بیش از ده نسخه به عنوان عمده تلقی می گردد».

چنین رویکردی محاکم را در مقام دادرسی و صدور رأی از تردید و تحیر خارج می سازد و از صدور آرای مختلف و متنوع - که خود موجب بدبینی و سوءظن مردم به قضات دادگاه ها و دستگاه قضایی می شود - جلوگیری می کند. هرچند ممکن است از حیث نظری، عمده تلقی شدن ده نسخه لوح فشرده از سوی قانون گذار قابل نقد و بررسی باشد، ولی در هر حال چنین شیوه ای بسیار منطقی تر و معقول تر از شیوه مهمل و مبهم گذاشتن موضوع است.

در هر حال در موضوع بحث اسیدپاشی این مسئله مسلم است که به یک یا دو بار پاشیدن اسید، عرفاً فعل گسترده اطلاق نمی شود. بله، در صورتی که مشخص شود شخصی به صورت گسترده مثلاً - با تئقیح مناط از قانون جرائم سمعی و بصری - ده بار یا بیشتر مرتکب فعل اسیدپاشی شده، آنگاه به عنوان مفسد فی الارض قابل تعقیب و مجازات خواهد بود. همچنین اگر اشخاصی به صورت تیمی و سازمان یافته در حد وسیعی مبادرت به ارتکاب این جرم کنند، هرچند هر فقره از اسیدپاشی ها توسط یکی از آنها صورت گرفته باشد، بعید نیست عمل همگی مصداق افساد فی الارض باشد؛ زیرا مجموعه و گروه واحدی که هدف مشترکی را دنبال کرده و هریک انجام بخشی از فعل مورد نظر گروه را بر عهده می گیرند، حکم شخص واحد را دارند.

برای آنکه فعل اسیدپاشی مشمول عنوان افساد شود، علاوه بر گستردگی عمل مرتکب، لازم است فعل وی یا موجب اخلال شدید در نظم عمومی کشور یا موجب نا امنی یا موجب خسارت عمده به تمامیت جسمانی افراد شده باشد که خود این عناوین نیز دارای ابهاماتی از این دست است:

- مقصود از اخلال شدید در نظم عمومی چیست؟

- در صورتی که اخلال شدید در نظم عمومی و نا امنی دو مفهوم جداگانه باشند، ارتباط و نسبت بین آن دو چیست؟ اگر این دو عنوان بیانگر مفهوم واحدی هستند، چرا اولاً یکی قید «شدید» دارد و دیگری ندارد؛ ثانیاً قانون گذار چه نیازی احساس کرده که برای بیان مقصود خویش از واژه های مترادف استفاده کند؟

- مقصود از خسارت عمده به تمامیت جسمانی چیست؟ آیا مراد نقص عضو و از کار افتادگی است، یا هر جنایتی که میزان دیه آن بیش از پنجاه درصد دیه کامل باشد یا ...؟

- آیا مقصود از خسارت عمده به تمامیت جسمانی افراد آن است که فعل گسترده مرتکب نسبت به تک تک قربانیان موجب خسارت عمده شده باشد، یا مجموع برآیند جنایات وارد شده بر افراد مختلف نیز می تواند مصداقی از عنوان خسارت عمده به تمامیت جسمانی افراد باشد؟

به نظر می رسد ممکن ترین راهی که بتوان اسیدپاشی را مصداق عنوان افساد فی الارض دانست آن است که فعل اسیدپاشی در حد وسیع صورت گرفته باشد و در عمل نیز موجب نا امنی جامعه یا ایراد صدمات جسمانی قابل ملاحظه بر قربانیان جرم شده باشد. البته به نظر نمی رسد هیچ یک از پرونده های اسیدپاشی کنونی دارای چنین شرایطی بوده باشند.

وضعیت پرداخت دیه

در مواردی که مرتکب به مجازات محاربه یا افساد فی الارض یا مجازات تعزیری محکوم می شود، مطابق فتاوا به پرداخت دیه نیز^{۸۶} - در صورتی که قصاص ثابت نباشد محکوم خواهد شد؛ زیرا دیه حق شخصی مجنی علیه و حق الناس و حدود، حق الله است. همانطور اگر شرایط قصاص نفس یا عضو نسبت به مرتکب وجود داشته باشد، طبق فتاوی فقها^{۸۷} ابتدا حق الناس (قصاص) به اجرا در می آید و پس از آن - در صورتی که موضوع مجازات حدی منتفی نشده باشد مرتکب به مجازات حدی محکوم خواهد شد. ماده ۱۳۳ قانون مجازات اسلامی در همین رابطه مقرر داشته است:

در تعدد جرائم موجب حد و قصاص، مجازات ها جمع می شود. لکن چنانچه مجازات حدی، موضوع قصاص را از بین ببرد یا موجب تأخیر در اجرای قصاص گردد، اجرای قصاص، مقدم است و در صورت عدم مطالبه فوری اجرای قصاص یا گذشت یا تبدیل به دیه، مجازات حدی اجرا می شود.

۸۶. ر. ک: شهید ثانی، مسالک الافهام، ج ۱۵، ص ۱۳؛ نجفی، جواهر الکلام، ج ۴۱، ص ۵۸۰؛ محقق اردبیلی، مجمع الفائدة و البرهان، ج ۱۳، ص ۲۹۹؛ فیض کاشانی، مفاتیح الشرائع، ج ۲، ص ۱۰۰؛ خویی، مبانی تکملة المنهاج، ج ۴۱ از موسوعة، ص ۳۸۸؛ وحید خراسانی، منهاج الصالحین، ج ۳، ص ۴۹۹.

۸۷. ر. ک: محقق حلی، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، ج ۴، ص ۱۶۸؛ علامه حلی، تحریر الاحکام الشرعیة، ج ۵، ص ۳۸۲؛ شهید ثانی، مسالک الافهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، ج ۱۵، ص ۱۳؛ نجفی، جواهر الکلام في شرح شرائع الإسلام، ج ۴۱، ص ۵۸۰؛ محقق اردبیلی، مجمع الفائدة و البرهان، ج ۱۳، ص ۲۹۹؛ فاضل هندی، کشف اللثام، ج ۱۰، ص ۶۴۶؛ طباطبایی، ریاض المسائل، ج ۱۶، ص ۱۵۷ (با اینکه در فروع این مسئله بین فقها اختلاف نظرهایی وجود دارد لیکن در اینکه در هر حال حق قصاص بر حق الله و اجرای حد مقدم است اختلافی ندارند).

نتیجه

با توضیحاتی که از نظر گذشت، روشن شد:

۱. مؤثرترین و بازدارنده ترین مجازات برای مرتکب اسیدپاشی، همان راهکار شرعی و قانونی قصاص نفس یا عضو است که تضمین کننده حیات بشری می باشد. در صورت قصاص شدن سریع مرتکبان اسیدپاشی، بی تردید ارتکاب این جنایت به نحو چشمگیری کاهش خواهد یافت.

۲. علاوه بر ثبوت حق قصاص برای مجنی علیه و اولیای دم، در صورتی که پاشیدن اسید موجب ایجاد رعب و وحشت در جامعه شده باشد - که نوعاً چنین است - عنوان محاربه نیز نسبت به رفتار مجرمانه اسیدپاشی محقق شده و مطابق قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ می توان مرتکب اسیدپاشی را - خواه شاکی خصوصی نسبت به قصاص دادن نفس مجرم اقدام کرده باشد یا خیر - به مجازات محارب محکوم کرد.

۳. در صورت گستردگی عمل اسیدپاشی و یا سازمان یافته بودن ارتکاب این جرم در مواردی عنوان مفسد فی الارض نیز بر عامل این جرم، صادق خواهد بود؛ با این حال صدق عنوان مفسد فی الارض بر مرتکب این جرم منوط به تحقق شرایطی است که در قریب به اتفاق این جرم موجود نیست. از این رو مفسد تلقی کردن مرتکب کنونی این جرم بسیار مشکل است.

۴. در مواردی که اسید پاشی مشمول عنوان محاربه یا افساد فی الارض بوده و همچنین در مواردی که شرایط قصاص نفس یا عضو موجود نیست، مرتکب مکلف به پرداخت دیه و ارش نیز خواهد بود.

منابع و مأخذ

۱. ابن براج، قاضی عبد العزیز، المہذب، ۲ جلدی، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۰۶ھ. ق.
۲. ابن حمزہ طوسی، محمد بن علی، الوسيلة إلى نیل الفضيلة، قم، کتابخانه آية الله مرعشی نجفی (ره)، قم، چاپ اول، ۱۴۰۸ھ. ق.
۳. ابن زہرہ حسینی حلبی، حمزة بن علی، غنية النزوع إلى علمي الاصول و الفروع، قم، مؤسسه امام صادق (ع)، قم- چاپ اول، ۱۴۱۷ھ. ق.
۴. ابن شجاع، شمس الدین محمد بن شجاع القطان، معالم الدین فی فقہ آل یاسین، قم، مؤسسه امام صادق (ع)، چاپ اول، ۱۴۲۴ھ. ق.
۵. ابن فہد حلّی، جمال الدین ابوالعباس احمد بن محمد، المہذب البارع فی شرح المختصر النافع، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۰۷ھ. ق.
۶. اراکی، محمد علی، استفتائات، ج ۱، قم، نشر معروف، چاپ اول، ۱۳۷۳.
۷. امام خمینی، سید روح الله، استفتائات، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۳۸۱.
۸. _____، تحریر الوسيلة، ۲ جلدی، قم، مؤسسه مطبوعاتی دار العلم، چاپ اول، بی تا.
۹. بای، حسینعلی، پرسمان فقہی قضایی، ضمان جانی نسبت به هزینه های جنایت و جراحات ناشی از درمان جنایت، قم، نشر قضا، چاپ دوم، ۱۳۹۰.
۱۰. بہجت، محمد تقی، جامع المسائل، ۵ جلدی، قم، دفتر معظم له، چاپ دوم، ۱۴۲۶ھ. ق.
۱۱. تبریزی، میرزا جواد، أسس الحدود و التعزیرات، قم، دفتر مؤلف، چاپ

- اول، ۱۴۱۷هـ.ق.
۱۲. _____، تنقیح مبانی الاحکام - کتاب الدیات، قم، دار الصدیقة الشهيدة سلام الله عليها، چاپ اول، ۱۴۲۸هـ.ق.
۱۳. _____، تنقیح مبانی الاحکام - کتاب القصاص، قم، دار الصدیقة الشهيدة سلام الله عليها، قم چاپ دوم، ۱۴۲۶هـ.ق.
۱۴. _____، صراط النجاة، قم، دفتر نشر برگزیده، چاپ اول، ۱۴۱۷.
۱۵. حر عاملی، محمد بن الحسن، وسائل الشیعة، ج ۲۸، ج ۶، ج ۱۸، ج ۱۱، ۱۵، قم - ایران، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، قم - ایران، چاپ اول، ۱۴۰۹هـ.ق.
۱۶. حسینی عاملی، سید جواد بن محمد، مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ۱۱ جلدی، بیروت، دار إحياء التراث العربي، چاپ اول، بی تا.
۱۷. خبرگزاری ایرنا <http://www.irna.ir>
۱۸. خبرگزاری فارس <http://www.farsnews.com>
۱۹. خبرگزاری مهر <http://www.mehrnews.com>
۲۰. خویی، سید ابو القاسم، مبانی تکملة المنهاج، بی تا، بی نا.
۲۱. روحانی، سید صادق، فقه الصادق، بی تا.
۲۲. _____، منهاج الصالحین، ج ۳.
۲۳. روزنامه ایران <http://iran-newspaper.com>
۲۴. روزنامه کیهان <http://kayhan.ir>
۲۵. سبزواری، سید عبد الأعلى، مهذب الأحكام، ج ۲۸، قم - ایران، مؤسسه المنار - دفتر حضرت آية الله، چاپ چهارم، ۱۴۱۳هـ.ق.
۲۶. شهید اول، محمد بن مکی، اللمعة الدمشقية في فقه الإمامية، بیروت، دار

- التراث - الدار الإسلامية، چاپ اول، ۱۴۱۰ هـ. ق.
۲۷. شهيد ثانی، زين الدين بن علی، الروضة البهية فی شرح اللمعة الدمشقية (المحشى - كلانتر)، ۱۰ جلدی، قم، كتابفروشی داوری، چاپ اول، ۱۴۱۰ هـ. ق.
۲۸. _____، حاشية المختصر النافع، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۲۲ هـ. ق.
۲۹. _____، مسالك الافهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، قم، مؤسسة المعارف الإسلامية، چاپ اول، ۱۴۱۳ هـ. ق.
۳۰. صافی گلپایگانی، لطف الله، جامع الاحكام، قم، مؤسسه انتشارات حضرت معصومه (س)، چاپ اول، ۱۴۱۹ هـ. ق.
۳۱. صدوق، محمد بن علی بن بابویه قمی، من لا يحضره الفقيه، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسين حوزه علمیه قم، چاپ دوم، ۱۴۱۳ هـ. ق.
۳۲. صيمرى، مفلح بن حسن (حسين)، غاية المرام في شرح شرائع الإسلام، ج ۴، بيروت، دار الهادى، چاپ اول، ۱۴۲۰ هـ. ق.
۳۳. طباطبايى حكيم، سيد محمد سعيد، مسائل معاصرة في فقه القضاء، نجف اشرف، دار الهلال، بى تا.
۳۴. طباطبايى، سيد على بن محمد، رياض المسائل، ۱۶ جلدی، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، چاپ اول، ۱۴۱۸ هـ. ق.
۳۵. طوسى، ابو جعفر محمد بن الحسن، الخلاف، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسين حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۰۷ هـ. ق.
۳۶. _____، المبسوط في فقه الإمامية، ج ۷، تهران، المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، چاپ سوم، ۱۳۸۷ هـ. ق.

۳۷. _____، تهذيب الاحكام، ج ۱۰، تهران، دار الكتب الإسلامية، چاپ چهارم، ۱۴۰۷ هـ. ق.
۳۸. علامه حلی، الحسن بن يوسف بن مطهر اسدی، مختلف الشيعة في أحكام الشريعة، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، چاپ دوم، ۱۴۱۳ هـ. ق.
۳۹. _____، إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، چاپ اول، ۱۴۱۰ هـ. ق.
۴۰. _____، تحرير الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية، ۶ جلدی، قم، مؤسسه امام صادق (ع)، چاپ اول، ۱۴۲۰ هـ. ق.
۴۱. _____، قواعد الأحكام في معرفة الحلال و الحرام، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، چاپ اول، ۱۴۱۳ هـ. ق.
۴۲. عياشى، محمد بن مسعود، تفسير عياشى، تحقيق سيد هاشم رسولی محلاتی، تهران، چاپخانه علميه، چاپ اول، ۱۳۸۰.
۴۳. فاضل لنکرانی، محمد، تفصيل الشريعة، كتاب الديات، قم، مركز فقهی ائمه اطهار عليهم السلام، چاپ اول، ۱۴۱۸ هـ. ق.
۴۴. _____، تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - الحدود، قم، مركز فقهی ائمه اطهار عليهم السلام، چاپ اول، ۱۴۲۲ هـ. ق.
۴۵. _____، تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القصاص، قم، مركز فقهی ائمه اطهار عليهم السلام، چاپ اول، ۱۴۲۱ هـ. ق.
۴۶. _____، جامع المسائل، ج اول، قم، مطبوعاتی امير، چاپ اول، ۱۳۷۵ هـ. ش.
۴۷. _____، جامع المسائل، دو جلدی، قم، انتشارات امير قلم، چاپ يازدهم، بی تا.

۴۸. فاضل هندی، محمد بن حسن، كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ۱۱، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۱۶ هـ. ق.
۴۹. فخر المحققین، محمد بن الحسن بن یوسف بن مطهر حلی اسدی، إیضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، ۴ جلدی، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ اول، ۱۳۸۷ هـ. ق.
۵۰. فیض کاشانی، محمد محسن ابن شاه مرتضی، مفاتیح الشرائع، ۳ جلدی، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی-ره، چاپ اول، بی تا.
۵۱. _____، الوافی، ۲۶ جلدی، کتابخانه امام امیر المؤمنین علی (ع)، اصفهان، چاپ اول، ۱۴۰۶ هـ. ق.
۵۲. کابلی، محمد اسحاق فیاض، منهاج الصالحین، ۳ جلدی، بی نا، بی تا.
۵۳. کاشف الغطاء، جعفر بن خضر، كشف الغطاء عن مبهمات الشریعة الغراء، ۴ جلدی، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۲۲ هـ. ق.
۵۴. کاظمی، جواد، مسالک الافهام إلى آیات الأحكام، ج ۴، بی نا، بی تا.
۵۵. کریمی، حسین، موازین قضایی از دیدگاه امام خمینی، تهران، روزنامه رسمی، ۱۳۷۲.
۵۶. کلینی، ابو جعفر محمد بن یعقوب بن اسحاق، الکافی، تهران، دار الکتب الإسلامیة، چاپ چهارم، ۱۴۰۷ هـ. ق.
۵۷. گنجینه استفتائات قضایی، مؤسسه آموزشی و پژوهشی قضا-قم، نسخه ۲، سال ۱۳۹۱.
۵۸. مجلسی، محمد باقر بن محمد تقی، مرآة العقول، ۲۶ جلدی، تهران، دار الکتب الإسلامیة، چاپ دوم، ۱۴۰۴ هـ. ق.

۵۹. _____، ملاذ الاخيار في فهم تهذيب الاخبار، ۱۶ جلدی، کتابخانه آية الله مرعشي نجفی-ره، چاپ اول، ۱۴۰۶هـ.ق.
۶۰. _____، روضة المتقين في شرح من لا يحضره الفقيه، ۱۳ جلدی، قم، مؤسسه فرهنگي اسلامي كوشانپور، چاپ دوم، ۱۴۰۶هـ.ق.
۶۱. محقق اردبيلي، احمد بن محمد، زبدة البيان في أحكام القرآن، تهران، المكتبة الجعفرية لآحياء الآثار الجعفرية، چاپ اول.
۶۲. _____، مجمع الفائدة و البرهان في شرح إرشاد الأذهان، ۱۴ جلدی، قم، دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، چاپ اول، ۱۴۰۳هـ.ق.
۶۳. محقق حلي، نجم الدين جعفر بن الحسن، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، ج ۴، قم، مؤسسه اسماعيليان، چاپ دوم، ۱۴۰۸هـ.ق.
۶۴. _____، المختصر النافع في فقه الإمامية، ۲ جلدی، قم، مؤسسة المطبوعات الدينية، چاپ ششم، ۱۴۱۸هـ.ق.
۶۵. _____، نكت النهاية، ج ۳، قم، دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، چاپ اول، ۱۴۱۲هـ.ق.
۶۶. مدنی کاشانی، حاج رضا، کتاب القصاص للفقهاء و الخواص، قم، دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، چاپ دوم، ۱۴۱۰هـ.ق.
۶۷. مرعشي نجفی، سيد شهاب الدين، منهاج المؤمنين، ۲ جلدی، قم، کتابخانه آية الله مرعشي نجفی-ره، چاپ اول، ۱۴۰۶هـ.ق.
۶۸. مشکيني، ميرزا علي، الفقه الماثور، قم، نشر الهادي، چاپ دوم، ۱۴۱۸هـ.ق.

۶۹. مغنیه، محمد جواد، فقه الإمام الصادق (ع)، ج ۶، قم، مؤسسه انصاریان، چاپ دوم، ۱۴۲۱ هـ. ق.
۷۰. موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم، استفتائات، ج ۱، قم، انتشارات نجات، چاپ اول، ۱۳۷۷.
۷۱. _____، فقه الحدود و التعزیرات، ج ۳، قم، مؤسسه النشر لجامعة المفید رحمه الله، چاپ دوم، ۱۴۲۷ هـ. ق.
۷۲. موسوی گلپایگانی، سید محمد رضا، مجمع المسائل، قم، نشر دارالقرآن الکریم، چاپ چهارم، ۱۳۷۲ هـ. ش.
۷۳. _____، الدر المنضود فی أحكام الحدود، ۳ جلدی، قم، دار القرآن الکریم، چاپ اول، ۱۴۱۲ هـ. ق، مؤسسه آموزشی و پژوهشی قضا، ره توشه قضایی، نشر قضا، چاپ اول، ۱۳۹۰.
۷۴. نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۴۲، بیروت - لبنان، دار إحياء التراث العربي، چاپ هفتم، بی تا.
۷۵. واحد مرکزی خبر <http://www.iribnews.ir>
۷۶. وحید خراسانی، حسین، منهاج الصالحین، ج ۳، قم، مدرسه امام باقر (ع)، چاپ پنجم، ۱۴۲۸ هـ. ق.
۷۷. هاشمی شاهرودی، سید محمود، بایسته های فقه جزا، نشر میزان - نشر دادگستر، تهران - چاپ اول، ۱۴۱۹ هـ. ق.
۷۸. _____، مجله فقه اهل بیت علیهم السلام (عربی)، «بحث فی تحدید موضوع حدّ المحارب»، شماره ۹.

مبانی فقهی مجازات تکرار جرم

در جرایم مستوجب حد

○ حجت الله فتاحی *

چکیده

تکرار جرم از نظر شریعت اسلام و حقوق موضوعه موجب تشدید کیفر می گردد. در این مقاله، ضمن گزارشی از مجازات تکرار جرم در جرایم مستوجب حد در قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ و تغییرات آن در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، دیدگاه های فقها در باره مجازات تکرار جرایم مستوجب حد و مبانی فقهی آن، بررسی شده است. **کلید واژگان:** تکرار جرم، حد، مجازات، قانون مجازات اسلامی.

مقدمه

یکی از ویژگی های حقوق اسلام این است که تکرار جرم در صورت تخلل مجازات، موجب تشدید مجازات مرتکب می گردد؛ یعنی هرگاه کسی مرتکب یکی از جرایم مستوجب حد شود و بعد از اقامه مجازات، دوباره مرتکب همان

* استاد یار پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.

جرم شود و مجازات او نیز تکرار گردد، در مرتبه سوم یا چهارم، مجازات او تشدید می شود و شخص، محکوم به اعدام می گردد.

قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ نیز با عنایت به این امر، در ابواب مختلف حدود، مجازات تکرار جرایم مستوجب حد را بیان کرده بود. در قانون مذکور حکم تکرار حد زنا در ماده ۹۰،^۱ تکرار تفسخید در ماده ۱۲۲،^۲ تکرار مساحقه در ماده ۱۳۱،^۳ تکرار قذف در ماده ۱۵۷،^۴ تکرار شرب خمر در ماده ۱۷۹،^۵ و تکرار سرقت در ماده ۲۰۱،^۶ بیان شده بود.

همان گونه که ملاحظه می شود، مجازات تکرار همه جرایم موجب حد، به غیر از شرب خمر، در مرتبه چهارم اعدام است و در شرب خمر در مرتبه سوم موجب اعدام است. نکته درخور توجه این است که در برخی از جرایم مستوجب حد، مانند حد قوادی، حکم تکرار جرم نیامده است که موجب خلا قانونی و ابهام می شود. نتیجه منطقی ذکر نکردن مجازات تکراری حد قوادی، این است که حد قوادی به هر مقدار که تکرار شود، موجب تشدید کیفر نمی شود. همچنین حکم تکرار جرم در محاربه، ذکر نشده است. ممکن است گفته شود یکی از

۱. ماده ۹۰ ق. م. ا مقرر می دارد: «هرگاه زن یا مردی چند بار زنا کند و بعد از هر بار حد بر او جاری شود، در مرتبه چهارم کشته می شود».
۲. ماده ۱۲۲ ق. م. ا مقرر می دارد: «اگر تفسخید و نظایر آن سه بار تکرار، و بعد از هر بار حد جاری شود، در مرتبه چهارم حد آن قتل است».
۳. ماده ۱۳۱ ق. م. ا مقرر می دارد: «هرگاه مساحقه سه بار تکرار شود و بعد از هر بار حد جاری گردد، در مرتبه چهارم حد آن قتل است».
۴. ماده ۱۵۷ ق. م. ا مقرر می دارد: «هرگاه کسی چند بار اشخاص را قذف کند و بعد از هر بار حد بر او جاری شود، در مرتبه چهارم کشته می شود».
۵. ماده ۱۷۹ ق. م. ا مقرر می دارد: «هرگاه کسی چند بار شرب مسکر کند و بعد از هر بار حد بر او جاری شود، در مرتبه سوم کشته می شود».
۶. ماده ۲۰۱ ق. م. ا مقرر می دارد: «... در مرتبه چهارم، اعدام؛ ولو سرقت در زندان باشد».

مجازات‌های محاربه قتل است و لذا ذکر نکردن آن مشکلی ایجاد نمی‌کند، اما این سخن تام نیست، چون تعیین قتل به عنوان مجازات محارب، الزامی نیست و در مرتبه چهارم و بالاتر از آن نیز دادگاه می‌تواند مجازاتی غیر از قتل، مانند تبعید را انتخاب کند، در حالی که بر مبنای قاعده تکرار، اعمال مجازات قتل در مرتبه سوم یا چهارم به حسب اختلاف در مبنای الزامی است.

در قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲ این موضوع در قالب یک ماده بیان گردید و به طور کلی برای تکرار جرایم حدی، در مرتبه چهارم، اعدام معین شد و استثنائی نیز بر آن وارد نشده است. ماده ۱۳۶ این قانون مقرر می‌دارد: هرگاه کسی سه بار مرتکب یک نوع جرم موجب حد شود و هر بار حد آن جرم بر او جاری گردد، حد وی در مرتبه چهارم، اعدام است.

گفتار اول: دیدگاه‌ها

اصل مسئله، یعنی تشدید مجازات در صورت تکرار جرم با تخیل حد، مورد اتفاق فقهاست؛ ولی در اینکه در چه مرحله‌ای مجازات تشدید می‌شود، نظر فقها مختلف است و پنج دیدگاه در این باره وجود دارد که عبارتند از: قتل در مرتبه سوم؛ قتل در مرتبه چهارم؛ قتل در مرتبه پنجم؛ قتل در مرتبه چهارم، مگر در حد شرب خمر؛ قتل در مرتبه سوم، مگر در حد زنا.

پیش از ورود به بحث، توجه به این نکته ضروری است که در خصوص حد سرقت، بدون هیچ اختلافی سارق در مرتبه چهارم کشته می‌شود و مباحث اختلافی در دیگر حدود مطرح است.

دیدگاه اول: قتل در مرتبه سوم

برخی از فقها معتقدند هرگاه کسی بعد از ارتکاب جرم و اقامه مجازات، آن را

تکرار کند، در مرتبه سوم کشته می شود. ابن ادریس در این باره می فرماید: اولی نزد من آن است که مرتکب تفخیذ و زانی در مرتبه سوم کشته می شوند؛ به دلیل قول معصومین (ع) که فرمودند اصحاب کبائر در مرتبه سوم کشته می شوند و این قول مورد اجماع است.^۷

ایشان در موارد دیگر مانند مجتمعان تحت ازار واحد،^۸ حد مساحقه،^۹ حد شرب خمر،^{۱۰} حد قذف،^{۱۱} افطار عمدی روزه ماه رمضان،^{۱۲} نیز تکرار جرم را در مرتبه سوم موجب قتل می دانند. همان گونه که ملاحظه می شود، ابن ادریس بر این قول ادعای اجماع کرده است.

سید علی طباطبایی درباره حد زنا می فرماید: ... و اگر در هر بار حد زده شود، در مرتبه سوم کشته می شود، به دلیل موافقت با صدوقین؛^{۱۳} و محقق حلی دلیل این قول را روایت صحیحی می داند که در آن آمده است: اصحاب کبائر در مرتبه سوم کشته می شوند...^{۱۴}

محقق نراقی می فرماید:

کسی که در ماه رمضان به عمد روزه بخورد، اگر آن را حلال می داند مرتد است و اگر روزه خواری را حلال نمی شمارد، به صلاح حدید حاکم تعزیر

۷. ابن ادریس حلی، السرائر، ج ۳، ص ۴۶۲.

۸. همان، ص ۴۶۷.

۹. همان.

۱۰. همان، ص ۴۷۷.

۱۱. همان، ص ۵۱۹.

۱۲. همان، ص ۵۳۲.

۱۳. منظور از صدوقین، محمد بن علی بن الحسین بن موسی بن بابویه قمی و علی بن الحسین بن موسی بن بابویه قمی هستند.

۱۴. طباطبائی، ریاض المسائل، ج ۲، ص ۴۶۸.

می شود؛ پس اگر آن را تکرار کرد، دوباره تعزیر می شود و اگر برای بار سوم روزه خواری کرد، کشته می شود بنابر قول مشهور میان اصحاب، همان طور که عده ای از فقها بر آن تصریح کردند.^{۱۵}

چنان که ملاحظه می شود، برخی از فقها مانند ابن ادریس و محقق نراقی این حکم را به تعزیرات نیز گسترش دادند که خارج از بحث ماست.

دیدگاه دوم: قتل در مرتبه چهارم

شیخ طوسی در یکی از نظریاتش می فرماید: «کسی که سه بار حد زنا بر او اقامه شده است، در مرتبه چهارم کشته می شود...».^{۱۶}

ایشان درباره حد شرب خمر نیز می فرماید: اگر شراب بنوشد و حد بخورد، سپس شراب بنوشد و حد بخورد، سپس شراب بنوشد و حد بخورد و برای مرتبه چهارم شراب بنوشد، به عقیده ما در مرتبه چهارم کشته می شود.^{۱۷} از «قید عندنا» استفاده می شود که ایشان این امر را اجماعی می داند.

ابوصلاح حلبی نیز می فرماید:^{۱۸} «هر گاه زانی سه بار حد زده شود، در مرتبه چهارم کشته می شود». ایشان در لواط نیز تکرار جرم را در مرتبه چهارم موجب اعدام می داند.^{۱۹}

شهید اول می فرماید:

اگر نماز را ترك کند بدون آنکه این کار را حلال بشمارد، سه بار تعزیر

۱۵. نراقی، مستند الشیعة في أحكام الشریعة، ج ۱۰، ص ۵۲۹.

۱۶. طوسی، محمد بن الحسن، المبسوط في فقه الامامیه، ج ۸، ص ۱۱.

۱۷. همان، ص ۵۹.

۱۸. ابوالمصالح حلبی، الکافي في الفقه، ص ۴۰۷.

۱۹. همان، ص ۴۰۹.

می شود و در مرتبه چهارم کشته می شود... به دلیل روایت معصومین(ع) که فرمودند: اصحاب کبائر در مرتبه چهارم کشته می شوند و این (حکم) در تمامی گناهان کبیره جاری است.^{۲۰}

بسیاری دیگر از فقها مانند ابن برآج طرابلسی،^{۲۱} طبرسی،^{۲۲} ابن حمزه طوسی،^{۲۳} و قطب الدین بیهقی کیدری^{۲۴} همین دیدگاه را پذیرفته اند.^{۲۵}

دیدگاه سوم: قتل در مرتبه پنجم

تنها معتقد به این حکم، شیخ طوسی در خلاف است که در باره حد زنا می فرماید:

هرگاه بر زانی حر بکر چهار بار حد جلد اقامه شود، در مرتبه پنجم کشته می شود و همین طور در حد قذف در مرتبه پنجم کشته می شود.^{۲۶}

اما شیخ در همین کتاب، درباره مرتدی که توبه او پذیرفته می شود، قتل در مرتبه چهارم را می پذیرد. ایشان می فرماید: مرتدی که توبه داده می شود، هرگاه به اسلام برگردد و سپس کافر شود، بعد به اسلام برگردد و دوباره کافر شود، در مرتبه

۲۰. شهید اول، ذکر الشیعة فی احکام الشریعة، ص ۱۳۱.

۲۱. ابن برآج طرابلسی، المذهب، ج ۲، ص ۵۳۱.

۲۲. طبرسی، امین الاسلام فضل بن الحسن، المؤلف من المختلف بین ائمة السلف، ج ۲، ص ۴۲۳.

۲۳. ابن حمزه طوسی، محمد بن علی بن حمزه، الوسيلة إلى نیل الفضيلة؛ ص ۴۱۱.

۲۴. بیهقی کیدری، إصباح الشیعة بمصباح الشریعة، ص ۵۱۸.

۲۵. گفتنی است همه کسانی را که در حد زنا تکرار جرم را در مرتبه چهارم موجب حد قتل می دانند، نمی توان قائل به این حکم در سایر ابواب دانست؛ چون در حد زنا روایت خاص وجود دارد.

۲۶. شیخ طوسی محمد بن الحسن، الخلاف، ج ۵، ص ۴۰۸ و ر. ک: هو، النهایة فی مجرد الفقه و الفتاوی، ص ۷۰۶، ۷۰۸ و ۷۲۵.

چهارم کشته می شود و توبه داده نمی شود... دلیل ما اجماع امامیه بر این مطلب است که تمامی مرتکبان هنگامی که مجازات خود را تحمل کرده اند، در مرتبه چهارم، کشته می شوند و ارتداد هم تحت این عموم باقی است.^{۲۷}

دیدگاه چهارم: قتل اصحاب کبائر در مرتبه چهارم، به غیر از شرب خمر محقق حلی و امام خمینی از طرفداران این دیدگاهند. محقق در شرایع الاسلام با بیان این مطلب در ابواب مختلف چنین می فرماید:

و اگر از انسان حد زنا تکرار شود و دوبار حد جلد بر او اقامه گردد، در مرتبه سوم کشته می شود. و گفته شده، در مرتبه چهارم کشته می شود، و این اولی است.^{۲۸}

ایشان درباره حد تفخیذ نیز می فرماید:

اگر تفخیذ تکرار شود و دوبار حد جلد بر مرتکب اقامه شود در مرتبه سوم کشته می شود و گفته شده در مرتبه چهارم کشته می شود و این قول مناسب تر است.^{۲۹}

در خصوص مساحقه نیز می فرماید:

و إذا تکررت المساحقة مع إقامة الحد ثلاثاً، قتلت في الرابعة.^{۳۰}

درباره حد قذف نیز می فرماید:

۲۷. همان، ص ۵۰۴ و ۵۰۵.

۲۸. محقق حلی، شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام، ج ۴، ص ۱۵۹؛ امام خمینی، تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۴۱۸.

۲۹. محقق حلی، شرائع الاسلام، ج ۴، ص ۱۶۴؛ امام خمینی، تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۴۲۳.

۳۰. محقق حلی، شرائع الاسلام، ج ۴، ص ۱۶۴؛ امام خمینی، تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۴۲۴.

إذا تكرر الحد بتكرر القذف مرتين قتل في الثالثة وقيل: في الرابعة وهو

أولى. ٣١

همچنین در خصوص حد سرقت می فرماید:

الرابع في الحد وهو قطع الاصابع الاربع من اليد اليمنى ... فإن سرق ثلاثة

حبس دائماً ولو سرق بعد ذلك قتل. ٣٢

اما در خصوص شرب خمر، ایشان تکرار جرم شرب خمر را در مرتبه سوم،

مستوجب حکم قتل می داند و می فرماید:

... وإذا حد مرتين قتل في الثالثة وهو المروي. ٣٣

دیدگاه پنجم: قتل اصحاب کبائر در مرتبه سوم، مگر در حد زنا و حد سرقت

صاحب مبانی تکملة المنهاج و صاحب أسس الحدود و التعزيرات، این قول

را پذیرفته اند:

صاحب مبانی تکملة المنهاج می فرماید:

اگر بر زانی سه بار حد جلد جاری شود، در مرتبه چهارم کشته می شود. ٣٤

ایشان در خصوص تفخيز می فرماید:

٣١. همو، شرائع الاسلام، ج ٤، ص ١٧٠. امام خمینی (ره) احتیاط واجب را قتل در مرتبه

چهارم می داند: تحرير الوسيلة، ج ٢، ص ٤٢٨.

٣٢. محقق حلی، شرائع الاسلام، ج ٤، ص ١٨١؛ امام خمینی، تحرير الوسيلة، ج ٢، ص ٤٤٠.

٣٣. محقق حلی، شرائع السلام، ج ٤، ص ١٧٤ و ر.ك: امام خمینی، تحرير الوسيلة، ج ٢، ص ٤٣٢.

٣٤. موسوی خوئی، مبانی تکملة المنهاج، ج ١، ص ٢٥٩؛ و ر.ك: میرزا جواد تبریزی، أسس الحدود و التعزيرات، ص ١٢٣.

اگر تفخیز و مانند آن تکرار گردد و دو بار حد زده شود، در مرتبه سوم کشته می شود. ۳۵

درباره حد مساحقه نیز می فرماید:

اگر مساحقه تکرار شود، پس اگر بعد از هر مساحقه حد بر او جاری شده، در مرتبه سوم کشته می شود. ۳۶

همچنین درباره حد قذف می فرماید:

هرگاه حد جلد به سبب تکرار قذف تکرار گردد، قاذف در مرتبه سوم کشته می شود. ۳۷

ایشان همچنین درباره حد شرب مسکر می فرماید:

هرگاه کسی دو بار شرب خمر کند و بعد از هر بار حد بر او جاری شود، در مرتبه سوم کشته می شود. ۳۸

در مورد حد سرقت، ایشان مانند سایر فقها قتل را در مرتبه چهارم واجب می داند و می فرماید: چهار انگشت دست راست سارق قطع می شود... و اگر برای مرتبه سوم سرقت کرد، به حبس دائم محکوم، و مخارج او از بیت المال تأمین می شود و اگر در زندان سرقت کرد، بدون هیچ قول خلاف و اشکالی، کشته می شود. ۳۹

۳۵. موسوی خویی، مبانی تکملة المنهاج، ج ۱، ص ۲۹۱؛ و.ر.ك: میرزا جواد تبریزی، أسس الحدود والتعزیرات، ص ۱۹۹.

۳۶. موسوی خویی، مبانی تکملة المنهاج، ج ۱، ص ۳۰۲؛ و.ر.ك: تبریزی، أسس الحدود والتعزیرات، ص ۲۱۱.

۳۷. موسوی خویی، مبانی تکملة المنهاج، ج ۱، ص ۳۱۷؛ و.ر.ك: میرزا جواد تبریزی، أسس الحدود والتعزیرات، ص ۲۵۳.

۳۸. موسوی خویی، مبانی تکملة المنهاج، ج ۱، ص ۳۳۳؛ و.ر.ك: میرزا جواد تبریزی، أسس الحدود والتعزیرات، ص ۲۹۲.

۳۹. موسوی خویی، مبانی تکملة المنهاج، ج ۱، ص ۳۶۷-۳۶۹؛ و.ر.ك: میرزا جواد تبریزی، أسس الحدود والتعزیرات، ص ۳۵۷.

گفتار دوم: بررسی ادله دیدگاه‌ها

مستند دیدگاه اول: قتل در مرتبه سوم

مستند قول اول، صحیح‌ه یونس از ابی الحسن الماضی، امام کاظم (ع) است. در روایتی از امام کاظم (ع) آمده است:

اصحاب کبائر هرگاه دو بار حد بر آنان جاری شود، در مرتبه سوم کشته می‌شوند.^{۴۰}

این روایت عام است و شامل تمامی حدود می‌شود. لذا در همه حدود، مرتکب در مرتبه سوم کشته می‌شود، مگر آنکه دلیل خاص داشته باشیم. درباره حد سرقت، معتبره سماعة بن مهران بر این معنی دلالت دارد که سارق در مرتبه چهارم کشته می‌شود و لذا هیچ قول خلاف و اشکالی در حد سرقت وجود ندارد.^{۴۱} در معتبره سماعة آمده است:

إذا أخذ السارق قطعت يده من وسط الكف فإن عاد قطعت رجله من وسط القدم فإن عاد استودع السجن فإن سرق في السجن قتل؛^{۴۲}
هرگاه سارق دستگیر شود، دست او از وسط کف بریده می‌شود و اگر برای بار دوم سرقت کند، پای او از برآمدگی روی پا قطع می‌شود و اگر دوباره سرقت کرد، زندانی می‌شود و اگر برای مرتبه چهارم در زندان سرقت کرد، کشته می‌شود.

چنان که برخی از فقها تصریح کرده‌اند، سرقت در زندان موضوعیت ندارد و از آن الغاء خصوصیت شده است و این قید، قید غالبی است، چون سارقی که به

۴۰. حر عاملی، وسائل الشیعه، ج ۱۸، ص ۳۸۸.

۴۱. موسوی خویی، مبانی تکملة المنهاج، ج ۱، ص ۳۶۸.

۴۲. حر عاملی، وسائل الشیعه، ج ۱۸، ص ۴۹۳.

حبس ابد محکوم شده است، فرض بر این است که در زندان مرتکب سرقت می شود، نه آنکه در بیرون زندان مرتکب سرقت شود.

مستند دیدگاه دوم: قتل در مرتبه چهارم

قائلان به این قول به چند دلیل استناد کرده اند.

۱. موثقه ابی بصیر، قال:

قال أبو عبدالله (ع): الزانی إذا زنی یجلد ثلاثاً و یقتل فی الرابعة یعنی جلد ثلاث مرات؛ ۴۳

زانی هرگاه زنا کند، سه بار بر او حد جلد جاری می شود و در مرتبه چهارم کشته می شود.

بر این روایت اشکال کرده اند که در طریق روایت اسحاق بن عمار است که فطحی مذهب است و ابابصیر نیز مشترك است و لذا روایت معتبر نیست؛ ولی به این اشکال پاسخ داده اند که اولاً اصحاب از این روایت به موثقه تعبیر کرده اند که برای استدلال به روایت کافی است و بر فرض هم روایت ضعیف باشد، با عمل اصحاب جبران شده است. ۴۴ با فرض صحت سند روایت از نظر دلالت، این روایت دلالتی بر قتل در مرتبه چهارم در ابواب دیگر ندارد و فقط مثبت حکم در حد زناست.

دلیل دومی که به آن تمسک شده، این روایت است که «ان اصحاب الکبائر یقتلون فی الرابعة»؛ شهید اول درباره تارك نماز می فرماید:

اگر کسی نماز را ترك کند بدون آنکه این کار را حلال بشمارد، سه بار تعزیر می شود و در مرتبه چهارم کشته می شود؛ به دلیل روایتی که از معصومین

۴۳. همان، ص ۳۸۷.

۴۴. گلپایگانی، در المنضود، ج ۱، ص ۳۴۰.

(علیهم السلام) نقل شده که اصحاب کبائر در مرتبه چهارم کشته می شوند و

این روایت عام بوده و بر تمامی گناهان کبیره صدق می کند. ۴۵

اما مشکلی که وجود دارد این است که چنین روایتی در کتب اربعه و منابع روایی دیگر یافت نمی شود و از میان صاحبان کتب اربعه، فقط شیخ طوسی دو بار در مبسوط این روایت را ذکر می کند، ۴۶ ولی چون مبسوط کتاب روایی نیست و روایت نیز به نحو ارسال در مبسوط آمده است و منجر به عمل اصحاب نیز نشده، از این حیث چندان درخور اعتماد نیست و تاب مقاومت در مقابل روایات معتبری که بیان می دارند اصحاب کبائر در مرتبه سوم کشته می شوند، ندارد.

سومین دلیلی که در برخی از ابواب حدود، مانند حد تفخیذ و مساحقه به آن تمسک کرده اند، الغای خصوصیت از موثقه ابی بصیر و ادعای یکسانی بین حد زنا و حدود یاد شده است. صاحب جامع المدارك در باره حد تفخیذ می فرماید:

اما در صورت تکرار تفخیذ با اقامه حد، نظر مشهور بر قتل در مرتبه چهارم است، به این دلیل که فرقی بین تفخیذ کننده و زانی وجود ندارد و بر این استدلال اشکال شده که این دلیل قیاس مع الفارق است. ۴۷

صاحب مبانی تکملة المنهاج در این باره می فرماید:

لو تكرر التفخیذ ونحوه و حد مرتین قتل في الثالثة خلافاً للمشهور بين الاصحاب من أنه يقتل في الرابعة بل ادّعي عليه الاجماع كما عن الغنية بدعوى أنه لا فرق بينه وبين الزنى في ذلك وفيه لا وجه لذلك فان حمل المقام على الزنا قیاس مع الفارق ... ۴۸

۴۵. شهید اول، ذکر الشیعة في احکام الشریعة، ص ۱۳۱.

۴۶. شیخ طوسی، محمد بن الحسن، المبسوط في فقه الامامیه، ج ۱، ص ۱۲۹ و ج ۷، ص ۲۸۴.

۴۷. سید احمد خوانساری، جامع المدارك في شرح المختصر النافع، ج ۷، ص ۷۷.

۴۸. موسوی خویی، مبانی تکملة المنهاج، ج ۱، ص ۲۶۱.

همان طور که از عبارات مذکور پیداست، الغای خصوصیت از موثقه ابی بصیر و تسری حکم به ابواب دیگر وجهی ندارد و قیاس مع الفارق است.

از ادله دیگری که برای این قول می توان به آن استناد کرد، احتیاط و قاعده درء و تخفیف در حدود است.^{۴۹} ولی به نظر می رسد با وجود روایت صحیح دال بر قتل اصحاب کبائر در مرتبه سوم، نوبت به احتیاط نمی رسد و شاید این احتیاط، خود بر خلاف احتیاط باشد. صاحب الدر المنضود در این باره می فرماید:

هذا مضافاً إلى أن التأخير إلى الرابعة - من باب الاحتياط - إذا كان المعتبر بحسب الواقع قتله في الثالثة يؤدي إلى خلاف الاحتياط ... فالظاهر أنه لا وجه لهذا الاحتياط.^{۵۰}

همچنین با وجود روایات معتبر، محلی برای شبهه و قاعده درء باقی نمی ماند.

مستند دیدگاه سوم: قتل در مرتبه پنجم

دیدگاه سوم، یعنی قتل در مرتبه پنجم، از ضعیف ترین دیدگاه ها است و هیچ مستندی ندارد؛ حتی خود شیخ نیز در کتب دیگر چنین سخنی را نگفته است و لذا صاحب ریاض می فرماید: اما قول شیخ طوسی مبنی بر قتل در مرتبه پنجم آن گونه که از کتاب خلاف شیخ نقل می شود، شاذ است و مستند روشنی نداشته و مخالف با اجماع است. صاحب در المنضود نیز می فرماید: و هو أغرب الأقوال ... و هذا القول مرمي بالشذوذ والندرة ...^{۵۱} و لذا بحث اصلی در بحث دیگر دیدگاه هاست.

۴۹. محقق اردبیلی، مجمع الفائدة والبرهان، ج ۱۳، ص ۸۸.

۵۰. موسوی گلپایگانی، سید محمد رضا، در المنضود، ج ۱، ص ۳۴۱.

۵۱. همان، ص ۳۳۹.

مستند دیدگاه چهارم: قتل اصحاب کبائر در مرتبه چهارم به غیر از شرب خمر

ادله قول چهارم با قول دوم مشترك است، جز اینکه قاتلان این قول، معتقدند به دلیل خاص، شارب خمر در مرتبه سوم کشته می شود. صاحب شرایع که از طرفداران این قول است، می فرماید:

هرگاه شارب خمر دو بار حد زده شود، در مرتبه سوم کشته می شود و در

این خصوص روایت وارد شده است. ۵۲

صاحب جواهر درباره شارب خمر می فرماید:

هرگاه شارب خمر دوبار حد زده شود در مرتبه سوم کشته می شود، به دلیل

موافقت با مشهور که شهرت عظیمی در مسئله وجود دارد، بلکه غنیه ادعای

اجماع بر این مطلب کرده و به دلیل روایات فراوانی از صحیح گرفته تا

ناصحیح که به حد استفاضه رسیده، بلکه از حد استفاضه نیز گذشته است.

در روایت صحیح آمده است: هر کس شرب خمر کرد بر او تازیانه بزنید پس

اگر تکرار کرد، دوباره او را تازیانه بزنید؛ و اگر در مرتبه سوم تکرار کرد، او

را بکشید. این روایات و نظر مشهور همچنین با احادیث صحیحی که بر قتل

اصحاب کبائر در مرتبه سوم دلالت دارد، تأیید می گردد. ۵۳

بنابراین، حکم قتل شارب خمر در مرتبه سوم، به دلیل نصوص خاص، از

جمله صحیحہ سلیمان بن خالد از امام صادق (ع) که می گوید: «قال رسول

الله (ص): من شرب الخمر فاجلدوه، فإن عاد الثالثة فاقتلوه»، ۵۴ و صحیحہ

۵۲. محقق حلی، شرایع الاسلام، ج ۴، ص ۱۷۴.

۵۳. نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام، ج ۴۱، ص ۴۶۱.

۵۴. حر عاملی، وسائل الشیعه، ج ۱۸، ص ۴۷۶.

ابی عبیده،^{۵۵} و معتبره ابی بصیر،^{۵۶} و به دلیل شهرت عظیمی که دارد، استثنا شده است.

این حکم در خصوص شرب خمر صحیح است، ولی همان طور که گذشت، عموم حکم قتل اصحاب کبائر در مرتبه چهارم مستندی ندارد و از ادله کافی برخوردار نیست.

مستند دیدگاه پنجم: قتل در مرتبه سوم، مگر در حد زنا و سرقت
مستند این قول، صحیحه یونس بن عبد الرحمن از ابی الحسن الماضی، امام
کاظم (ع) است که می فرماید:

اصحاب الکبائر کلّها اذا اقيم عليهم الحد مرتين قتلوا في الثالثة؛^{۵۷}
تمامی اصحاب کبائر هرگاه دو بار بر آنان حد جاری شود، در مرتبه سوم
کشته می شوند.

این روایت عام است و شامل تمامی حدود می گردد، ولی چون در خصوص
حد سرقت و حد زنا دلیل خاص داریم، مرتکب در مرتبه چهارم کشته می شود.
دلیل خاص در خصوص حد زنا، موثقه ابی بصیر است که امام صادق (ع)
فرمود:

الزاني إذا زنى يجلد ثلاثاً و يقتل في الرابعة ...؛^{۵۸}
زانی هرگاه زنا کند و سه بار حد جلد بر او جاری شود، در مرتبه چهارم
کشته می شود...

۵۵. همان.

۵۶. همان، ص ۴۷۷.

۵۷. همان، ص ۳۸۸.

۵۸. همان، ص ۳۸۷.

دلیل خاص در خصوص حد سرقت نیز موثقه سماعة بن مهران است :

قال : إذا أخذ السارق قطعت يده من وسط الكف فإن عاد قطعت رجله من

وسط القدم فإن عاد استودع السجن فإن سرق في السجن قتل .^{۵۹}

و چنان که گذشت ، روایت قتل اصحاب کبائر در مرتبه چهارم در منابع روایی نقل نشده و قابل استناد نیست . بنابراین در تمامی کبائر ، در صورت تکرار جرم و اقامه حد ، مرتکب در مرتبه سوم کشته می شود ، مگر در حد زنا و حد سرقت که مرتکب در مرتبه چهارم کشته می شود .

نکته پایانی موضوع تکرار جرم قوادی است .

در خصوص حکم تکرار قوادی با تخیل حد ، بسیاری از متون فقهی متعرض این بحث نشده اند و برخی از فقها نیز در مسئله فتوا نداده و توقف کرده اند ؛ مثلاً علامه حلی در مختلف ، در ذیل بحث می فرماید : ابی صلاح حلبی می فرماید : اگر قواد در مرتبه دوم مرتکب قوادی شد ، حد جلد بر او جاری می شود و تبعید می گردد ؛ پس اگر در مرتبه سوم مرتکب شد به وی ، تازیانه زده می شود و اگر برای بار چهارم مرتکب شد ، توبه داده می شود ؛ پس اگر توبه کرد ، توبه او پذیرفته می شود و حد جلد بر او اقامه می گردد و اگر توبه نکرد کشته می شود . پس اگر بعد از توبه برای بار پنجم مرتکب قوادی شد ، در هر صورت کشته می شود و ما در این مسئله از متوقفین هستیم .^{۶۰} ولی در بسیاری از متون فقهی بر این امر تصریح شده است که حکم قتل در مرتبه سوم یا چهارم جاری است و ادله تکرار جرایم مستوجب حد ، مطلق بوده و شامل قوادی نیز می گردد و در خصوص قوادی دلیل خاص وارد نشده است .

۵۹ . همان ، ص ۴۹۱ .

۶۰ . علامه حلی ، مختلف الشیعه ، ج ۹ ، ص ۲۰۲ .

صاحب جواهر بعد از نقل کلام ابن زهره، ابوصلاح حلبی و علامه حلی می فرماید:

بلکه سزاوار است عمل کردن به احادیثی که بر قتل اصحاب کبائر در مرتبه سوم یا چهارم بعد از تخیل حد، دلالت می کند.^{۶۱}

آیت الله العظمی گلپایگانی در این باره می فرماید:

حد قیادت بعد از ثبوت سه ربع حد زناست که ۷۵ تازیانه باشد و اگر بعد از اجرای حد، عمل تکرار شود ثانیاً حدش ۷۵ تازیانه است و اگر بعد از حد ثانی عمل تکرار شود، بعضی حکم به قتل نموده اند، لکن احتیاط ترك قتل است، بلکه باز ۷۵ تازیانه حد دارد و اگر بعد از آن، بار چهارم تکرار شد حد آن قتل است و این قدر متیقن از حد قتل می باشد.^{۶۲}

صاحب فقه الحدود و التعزیرات نیز بعد از نقل کلام ابن زهره می فرماید: «ظاهر عمل به روایاتی است که بر قتل اصحاب کبائر در مرتبه سوم دلالت دارد».^{۶۳}

صاحب الفقه نیز می فرماید:

بر خلاف کلام ابن زهره، ظاهر این است که هرگاه قواد سه بار یا چهار بار قوادی را تکرار کند کشته می شود؛ همان طور که در سایر گناهان کبیره مطرح است.^{۶۴}

بنابراین درباره قوادی دلیل خاص وارد نشده است و بر اساس مبنایی که مختار تحقیق است، قواد در صورت تکرار قوادی و جاری شدن حد بر وی، در مرتبه

۶۱. نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام، ج ۴۱، ص ۴۰۱.

۶۲. موسوی گلپایگانی، سید محمد رضا، مجمع المسائل، ج ۳، ص ۱۹۳.

۶۳. موسوی اردبیلی، فقه الحدود و التعزیرات، ص ۴۴۴.

۶۴. حسینی شیرازی، کتاب الفقه، ج ۸۷، ص ۳۱۹.

سوم کشته می شود. از نظر اجتهادی، دیدگاه پنجم قوی تر به نظر می رسد، اما قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۹۲ دیدگاه چهارم را پذیرفت که موافق با دیدگاه عده زیادی از فقهاست و بنا بر نظر برخی از فقها موافق با احتیاط است.^{۶۵}

منابع و مأخذ

۱. ابن ادریس حلی، ابی جعفر محمد بن منصور بن احمد بن ادریس، السرائر، ج ۳، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۰ هـ. ق.
 ۲. ابن برآج طرابلسی، عبدالعزیز، المذهب، ج ۲، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۰۶ هـ. ق.
 ۳. ابوالصلاح حلبی، تقی بن نجم، الکافی فی الفقه، تحقیق: رضا استادی، اصفهان، مکتبه الامام امیرالمؤمنین علی (ع) العامة، ۱۴۰۳ هـ. ق.
 ۴. امام خمینی، سیدروح الله، تحریر الوسیله، ج ۲، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۳۶۳ هـ. ش.
 ۵. بیهقی کیدری، قطب الدین، اصباح الشیعة بمصباح الشریعة، تحقیق: ابراهیم بهادری، قم، مؤسسه امام صادق (ع)، اول، ۱۴۱۶ هـ. ق.
 ۶. تبریزی، میرزا جواد، اسس الحدود و التعزیرات، قم، چاپخانه مهر، اول، ۱۴۱۷ هـ. ق.
 ۷. حر عاملی، محمد بن الحسن، تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعه، ج ۱۸، تحقیق: ربانی شیرازی، دار احیاء التراث العربی، اول، ۱۴۰۳ هـ. ق.
 ۸. حسینی شیرازی، سید محمد، کتاب الفقه، ج ۸۷، بیروت، دارالعلوم
۶۵. شهید ثانی، روض الجنان فی شرح إرشاد الأذهان، ج ۲، ص ۹۴۵؛ عاملی، سید محمد بن علی، مدارك الأحكام، ج ۴، ص ۳۰۹.

- للتحقيق والطباعة، ١٩٨٠ م.
٩. خوانسارى، سيد احمد، جامع المدارك في شرح المختصر النافع، ج ٧، تهران، مكتبة الصدوق، دوم، ١٣٥٥ هـ. ش.
١٠. شهيد اول، ابى عبدالله محمد بن مكى عاملى، الذكرى الشيعة في أحكام الشريعة، چاپ سنگى، منشورات مكتبة بصيرتى، بى تا.
١١. شهيد ثانى، زين الدين بن علي العاملي، روض الجنان فى شرح إرشاد الأذهان، ج ٢، قم، انتشارات دفتر تبليغات اسلامى حوزة علميه قم، اول، ١٤٢٢ هـ. ق، ١٣٨٠ هـ. ش.
١٢. طباطبائى، سيد على، رياض المسائل، ج ٢، قم، مؤسسه نشر اسلامى، اول، ١٤١٢ هـ. ق.
١٣. طبرسى، امين الإسلام فضل بن الحسن، المؤلف من المختلف بين أئمة السلف، ج ٢، مشهد، مجمع البحوث الإسلامية، اول، ١٤١٠ هـ. ق.
١٤. طوسى، محمد بن الحسن، الخلاف، ج ٥، قم، مؤسسه نشر اسلامى، اول، ١٤١٤ هـ. ق.
١٥. _____، المبسوط في فقه الاماميه، ج ٨ و ٧، تحقيق: محمدباقر بهبودى، المكتبة المرتضوية لاحياء الآثار الجعفريه، ١٣٨٨ هـ. ق.
١٦. _____، النهاية في مجرد الفقه و الفتاوى، قم، انتشارات قدس محمدى، بى تا.
١٧. طوسى (ابن حمزه)، ابى جعفر محمد بن على بن حمزه، الوسيلة إلى نيل الفضيلة، قم، كتابخانه آية الله مرعشى نجفى (ره)، اول، ١٤٠٨ هـ. ق.
١٨. عاملى، سيد محمد بن على، مدارك الاحكام في شرح شرائع الاسلام، ج ٤، قم، مؤسسة آل البيت (ع) لإحياء التراث، اول، ١٤١٠ هـ. ق.
١٩. علامه حلى، ابى منصور الحسن بن يوسف بن مطهر اسدى، مختلف الشيعة

- في احكام الشريعة، ج ۹، قم، مؤسسه نشر اسلامي، اول، ۱۴۱۸ هـ. ق.
۲۰. موسوی گلپایگانی، سید محمد رضا، در المنصود، ج ۱، قم، دار القرآن الکریم، اول، ۱۴۱۳ هـ. ق.
۲۱. ———، مجمع المسائل، ج ۳، قم، دارالقرآن الکریم، اول، بی تا.
۲۲. محقق حلی، جعفر بن الحسن، شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام، ج ۴، تهران، انتشارات استقلال، ۱۴۰۹ هـ. ق.
۲۳. مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائدة والبرهان في شرح إرشاد الأذهان، ج ۱۳، با تحقیق: مجتبی عراقی، شیخ علی پناه اشتهاودی، حسین یزدی، قم، مؤسسه نشر اسلامي، اول، ۱۴۱۶ هـ. ق.
۲۴. موسوی اردبیلی، سید عبد الکریم، فقه الحدود والتعزیرات، مؤسسة النشر لجامعة المفید رحمه الله، قم، دوم، ۱۴۲۷ هـ. ق.
۲۵. موسوی خویی، سید ابوالقاسم، مبانی تکملة المنهاج، ج ۱، تحقیق: سید محمد تقی خویی، نجف اشرف، مطبعة الآداب، انتشارات لطفی، بی تا.
۲۶. نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام في شرح شرائع الاسلام، ج ۴۱، تحقیق: قوچانی، تهران، دار الکتب الاسلامیة، ششم، ۱۳۶۶.
۲۷. نراقی، احمد بن محمد مهدی، مستند الشیعة في أحكام الشريعة، ج ۱۰، قم، مؤسسه آل البيت (ع) لإحياء التراث، ۱۴۱۹ هـ. ق.

مقایسه‌ای تحلیلی میان دو روش اجتهادی متفاوت

○ مهدی برزگر*

چکیده

میان بسیاری از اهل علم مشهور است که روش اجتهادی شیخ انصاری رحمه الله در راستای تکمیل و امتداد روش مرحوم وحید بهبهانی قرار دارد. نگارنده در این مقاله با بررسی تفصیلی شباهت‌ها و تفاوت‌های بنیادین روش این دو فقیه و اصولی بزرگ، ثابت کرده است که روش مرحوم شیخ فاصله‌های بسیار زیادی از روش مرحوم وحید پیدا کرده است؛ به گونه‌ای که بسیاری از شاخصه‌های اجتهاد را که مرحوم وحید شرط می‌دانسته است، ندارد و در مسیر دیگری حرکت کرده است.

کلید واژگان: وحید بهبهانی، شیخ انصاری، مکتب قم، مکتب نجف، روش اجتهاد، تورم علم اصول.

بسیاری از فضلا و اساتید فقه و اصول بر این باورند که مرحوم شیخ انصاری مکتب فقهی - اصولی مرحوم وحید بهبهانی را به اوج خویش رساند و حرکت مبارك وحید را در احیای اصولی گری تثبیت و تکمیل کرد. به عنوان مثال حضرت آیت الله هاشمی شاهرودی در مقاله «مکتب فقهی اهل بیت» به شمارش دوران های شش گانه فقه شیعه می پردازند، درباره دوره ششم که آن را دوره پختگی و کمال فقه شیعه نامیده اند و مربوط به دوران شیخ انصاری و پس از اوست، این گونه می گویند:

این دوره، امتداد دوره پیشین و استمرار همان روش فقهی است که مکتب وحید بهبهانی و شاگردان وی آن را پایه گذاری و تثبیت کردند. اما این روش با گذشت دو نسل از فقهای این مکتب و به دست یکی از فقهای بی مانند آن، شیخ مرتضی انصاری به بالاترین حد پختگی و عمق و جامعیت رسید...^۱

دکتر ابوالقاسم گرجی نیز می نویسد:

سه دسته از بزرگان فقها و اصولیین بودند که راه استاد وحید را ادامه داده، علم اصول را به کمال و ارتقا رسانیده اند:

نخست، شاگردان مستقیم استاد مانند سید محمد مهدی بحر العلوم (۱۲۱۲ هـ. ق) و شیخ اسد الله شوشتری (۱۲۳۴ هـ. ق).

دوم، شاگردان برخی از دسته اول، مانند سید محسن اعرجی کاظمی (۱۲۴۰ هـ. ق)، شریف العلماء، محمد شریف بن حسن علی (۱۲۴۵ هـ. ق) مولی احمد نراقی (۱۲۴۵ هـ. ق)، شیخ محمد تقی بن عبد الرحیم (۱۲۴۸ هـ. ق) و شیخ محمد حسن نجفی، صاحب جواهر (۱۲۶۶ هـ. ق).

۱. مجله فقه اهل بیت، شماره ۳۲، مقاله مکتب فقهی اهل بیت (ع).

سوم، طبقه بعد که در رأس ایشان شیخ مرتضی انصاری (۱۲۸۱ هـ. ق)

شاگرد شریف العلماء است که تا کنون شاگردان مستقیم و غیر مستقیم وی در

راه تکمیل این دوره کوشیده و آن را به اوج کمال و ترقی رسانیده اند.^۲

اما به نظر می رسد برای داوری در مورد کاری که مرحوم شیخ پس از وحید

بهبهانی انجام داد، از دو زاویه می توان به مسئله نگاه کرد:

یکم: از زاویه تقویت اصولی گری در مقابل جریان اخباری گری

اگر از این زاویه به مسئله نگاه کنیم باید بگوییم پس از مرحوم وحید بهبهانی

همه شاگردان وی در تثبیت و تکمیل راه او اقدام کردند؛ هم شاگردان مستقیم وی و

هم شاگردان با واسطه او مانند مرحوم شیخ^۳. البته اقدام شیخ در تألیف فرائد

الاصول و درهم کوبیدن بنیان های اندیشه اخباری از این حیث برجستگی خاصی

دارد که نباید از دیدگان اهل نظر مخفی بماند. شاید نظر برخی اندیشمندان سابق

الذکر در باره تثبیت حرکت وحید توسط شیخ، ناظر به همین زاویه باشد.

دوم: از زاویه مقایسه روش شیخ با وحید در درون جریان اصولی گری

اگر از این زاویه به مسئله نگاه کنیم، باور ما بر این است که این انگاره که شیخ

انصاری مکتب وحید را به نضج و پختگی و اوج غنای خویش رساند، انگاره ای

نادرست است؛ زیرا همچنان که در مباحث پیش رو بیان خواهد شد کاری که شیخ

انصاری در اصول و فقه انجام داد و تغییرات و ابتکاراتی که در آن اعمال کرد،

گرچه تحت عنوان اصولی گری قرار می گیرد و از این حیث با کار علمی مرحوم

۲. تاریخ فقه و فقها، ص ۲۶۸.

۳. به عنوان مثال می توان به تلاش های فراوان و منازعات علمی برخی از شاگردان وحید مانند شیخ

جعفر کاشف الغطاء، سید علی طباطبایی صاحب ریاض و میرزای قمی با میرزا محمد اخباری

اشاره کرد که پس از فوت مرحوم وحید بهبهانی قصد تجدید حیات جریان اخباری گری را

داشت اما به برکت مجاهدات شاگردان وحید، موفق به این کار نشد. (ر. ک: دو رساله از شیخ

جعفر کاشف الغطاء علیه میرزا محمد اخباری، تحقیق و تصحیح رسول جعفریان)

وحید شباهت دارد، اما به اندازه‌ای با روش علمی مرحوم وحید متفاوت است که می‌توان با قاطعیت، آن را مکتبی مستقل دانست و نام آن را مکتب شیخ انصاری گذارد؛ همچنان که باید روش علمی وحید را مکتب وحید بهبهانی نامید.

اکنون مباحث این مقاله را در دو بخش پی می‌گیریم. در بخش اول شباهت‌های دو روش نام برده را از نظر می‌گذرانیم و در بخش دوم به تفاوت‌های اساسی این دو روش می‌پردازیم.

شباهت‌های مکتب وحید و شیخ

روش علمی شیخ انصاری از چند نظر به روش مرحوم وحید شباهت دارد که ظاهراً همین شباهت‌ها سبب شده است که برخی از بزرگان بدون توجه به تفاوت‌هایی که ذکر خواهد شد، روش شیخ را تکمیل‌کننده روش و کار وحید تلقی کنند. این شباهت‌ها عبارتند از:

۱. ملاک پذیرش خبر

ملاک پذیرش خبر نزد فقهای متقدم و مشهور بزرگان فقه و اصول شیعه بر وثوق صدوری (وثوق خبری) بوده است. ایشان بدون اینکه صرف سند را ملاک پذیرش یا ردّ خبر قرار دهند، از تمام قرائن عقلایی که سبب وثوق به صدور خبر گردد استفاده می‌کنند و حتی الامکان از طرح اخبار و روایات خودداری می‌نمایند. مرحوم وحید در این باره می‌نویسد:

همه فقهای متقدم و متأخری که حجیت خبر واحد را قبول دارند اتفاق نظر دارند که خبر ضعیفی که ضعفش با شهرت و امثال آن جبران شده است حجت است بلکه استناد آنان به احادیث ضعیف بسیار بیشتر از استنادشان به احادیث صحیح است بلکه حتی می‌توان گفت ضعیف منجبر با شهرت نزد

قدما صحیح محسوب می شود و هیچ تفاوتی میان آن با خبر صحیح قائل

نیستند. البته اختلاف و نزاع در اصطلاح نداریم.^۴

این روش برخورد با احادیث در دوره پیش از اخباری گری به وثوق سندی (وثوق مخبری) تغییر یافت و بزرگانی مانند صاحب مدارك و صاحب معالم به دلیل وسواس در بررسی سند روایات، از عمل به بسیاری از اخباری که مشهور متقدمین به آنها عمل کرده بودند، سرباز زدند که می توان گفت همین درو کردن احادیث توسط اصولیان آن دوره، یکی از عواملی بود که منجر به انقلاب اخباری گری شد.

مرحوم وحید با اشاره به روش مرحوم صاحب مدارك و صاحب معالم، این شیوه برخورد با احادیث را به شدت نکوهش می کند و در این زمینه روش مشهور و اخباریان را قبول دارد. وی معتقد است که اسباب توثیق روایات فراوان است و فقیه نباید فقط به توثیق سندی اکتفا کند؛ زیرا این روش سبب می شود بسیاری از مسائل فقهی نزد وی ثابت نشود و اوضاع فقه و فتاوی او دچار اختلال گردد.^۵

هر کس که با آثار فقهی - اصولی شیخ انصاری از جمله رسائل و مکاسب آشنا باشد، به وضوح در می یابد که او مانند مرحوم وحید، فضای روایات شیعه را سالم و قابل اعتماد می داند و لذا در بیشتر موارد، اعتنایی به بحث های رجالی ندارد و احادیث را نوعاً بررسی سندی نمی کند. مرحوم شیخ مانند مرحوم وحید، معتقد به ملاك وثوق صدور در پذیرش خبر واحد است. به عنوان مثال در باره جبران ضعف سند روایت با کمک شهرت می فرماید:

اما پاسخ از عمومات این است که با روایت محمد بن مسلم که ضعف

سندش با شهرت عظیمه جبران می شود تخصیص می خورند.^۶

۴. الفوائد الحائریه، ص ۴۸۷

۵. همان، ص ۲۲۳.

۶. احکام الخلل فی الصلاة، ص ۴۷.

وی موضع خویش را نسبت به حفظ احادیث و خودداری از طرح روایات به بهانه ضعف سند این گونه بیان می‌کند:

چنانچه امر دائر شود بین اینکه خبر ظنی به دلیل ضعف سند کنار نهاده شود یا اینکه تأویل مناسبی برده شود بی شک کار درست، متعین در تأویل بردن و عمل بر طبق همان تأویل است و معنا ندارد که به دلیل فرار از تأویل، روایت را کنار بگذاریم یا بگوییم از روی تقیه صادر شده است.^۷

۲. بسط نوآوری‌های وحید توسط شیخ

مرحوم وحید بهبهانی چند مبحث را در اصول برای اولین بار مطرح کرد که جزو نوآوری‌های وی به حساب می‌آید. این نوآوری‌ها پس از وی توسط مرحوم شیخ به صورت مبسوط‌تر مطرح شد و به تکامل رسید.

الف) تقسیم ادله به اجتهادی و فقهاتی

پیش از مرحوم وحید بهبهانی، تفکیک امارات از اصول عملیه و تبیین روشن و واضحی از رده بندی هر کدام از این ادله و جداسازی مباحث این دو سنخ دلیل انجام نگرفته بود. اما مرحوم وحید برای نخستین بار این دو سنخ دلیل را با تفکیک نام از هم جدا ساخت و موارد به کارگیری آنها را نیز از هم تفکیک کرد. مرحوم شیخ پس از تعریف این دو سنخ دلیل در آغاز مقصد سوم از فرائد می‌گوید:

و اما آنچه دال بر حکم نخست باشد، خواه علم آور باشد یا مفید ظن معتبر، به نام دلیل شناخته می‌شود و گاهی مقید به اجتهادی می‌گردد (دلیل اجتهادی) همچنان که اولی را گاهی دلیل فقهاتی می‌نامند. این دو قید (فقهاتی و اجتهادی) دو اصطلاح از وحید بهبهانی هستند که به دلیل

۷. فرائد الاصول، ج ۲، ص ۷۹۰.

مناسبتی که در تعریف «فقه» و «اجتهاد» بوده است ایشان این دو اصطلاح را

ساخته است.^۸

گرچه این ابتکار نخستین بار توسط وحید صورت گرفت، اما مرحوم شیخ با اخذ این ابتکار از وی موفق شد هم موارد استعمال این دو سنخ دلیل را به طور شفاف از هم جدا سازد و هم تقدیم ادله اجتهادی بر ادله فقهاتی و هم مراتب و وجوه این تقدیم را سازمان دهی کند.

ب) تجزیه و تقسیم شک

یکی از گسترده ترین مباحث اصول فقه، مبحث اصول عملیه است که در مقام شک و تحیر نسبت به تکلیف مطرح می شود. در کتب پیشینیان، عنوان خاص و باب معینی برای مباحث شک در نظر گرفته نشده است و اصول عملیه در ضمن دیگر ادله به صورت مختصر یا حتی با نام های دیگری مورد بررسی قرار می گرفت. مرحوم وحید بهبهانی نخستین کسی بود که به تقسیم بندی شک و بیان اقسام آن پرداخت و نخستین قدم را در تفکیک مجاری اصول عملیه برداشت. او در فایده بیست و هشتم از کتاب فوائد حائریه می نویسد:

میان مقام ثبوت تکلیف و مقام خروج از عهده تکلیفی که بر مکلف ثابت

شده است، تفاوت وجود دارد.^۹

حق این است که گرچه مرحوم وحید بنیان گذار این دسته بندی است، اما مرحوم شیخ گستراننده این سازمان دهی روشمند است که از جانب وحید آغاز شد و بی شک توسعه فراوانی را که شیخ انصاری در مباحث اصول عملیه اعمال کرد، وامدار نگاه سازمان یافته و تقسیم نخستین مرحوم وحید بهبهانی است.

۸. همان، ج ۱۲، ص ۳۰۹.

۹. الاجتهاد و التقليد (الفوائد الحائریة)، ص ۴۶۷.

استاد محمد مهدی آصفی در مقدمه خویش بر کتاب اصول الفقه در این باره

می گوید:

نخستین نظریه پرداز در مسئله شک در تاریخ علم اصول قطعاً وحید بهبهانی است و پس از او، شیخ انصاری است که این نظریه را به تکامل می رساند و آن را به حد اعلای پختگی و تعمیق ارتقا می دهد.^{۱۰}

تفاوت های مکتب وحید و شیخ

با وجود شباهت های این دو مکتب و وام گیری های شیخ از وحید در برخی مباحث اصولی، تفاوت های بسیار زیادی میان روش علمی این دو فقیه و اصولی بزرگوار وجود دارد که نباید از دید صاحب نظران مخفی بماند. اهمیت التفات به این تفاوت ها و نادیده نگرفتن آنها از آنجاست که روش اصولی مرحوم وحید روشی اعتدالی است؛ زیرا وی در جریان مبارزه ای که با اخباریان داشت و مناظراتی که با ایشان ترتیب می داد، از نزدیک در جریان دغدغه ها و نظریات آنان قرار گرفت.

وحید به خوبی می دانست جریان اخباری گری گمراهی مطلق نیست، بلکه آنچه که سبب قیام مرحوم استرآبادی و برپایی جریان اخباری گری گشت، برخی افراط های اصولیان در طرح بی مبنای روایات، موشکافی های زیاده از حد و تدقیقات عقلی ناروا در ادله نقلی که سبب ساقط شدن از ظهور عرفی ادله می شد، فاصله گرفتن از متون دینی و اعتنای زیاد از حد به قواعد اصولی و ... بود. به همین دلیل گرچه مرحوم وحید با کلیت جریان اخباری گری و مواجهه قشری با متون روایی مخالفت کرد و در نهایت نیز توانست جریان اخباری گری را براندازد و اصولی گری را مجدداً بر حوزه های شیعی حاکم کند، اما بسیار مواظب بود تا در دام خطاها و اشتباهات اصولیان قبل از استرآبادی نیفتد و در اعمال قواعد اصولی و

۱۰. اصول الفقه، ج ۱، ص ۱۹.

عقلی افراط نکند. به همین دلیل ما وحید را فقیهی مبرز و یک اصولی معتدل می‌دانیم که هم از قشری‌گری اخباریان مبرا است و هم از افراطهای اصولیان.^{۱۱} اما همچنان که در مباحث آینده روشن خواهد شد، مرحوم شیخ از این مسیر مبارك مرحوم وحید فاصله بسیار زیادی گرفت و آن چنان در اصولی‌گری افراط به خرج داد که گاهی از اصولیان قبل از دوره اخباری‌گری نیز گوی سبقت را ربود. این روش مرحوم شیخ که بعدها به نام «مکتب نجف» مشهور شد، توسط شاگردان وی استمرار یافت و حتی در مواردی نیز تشدید شد.

۱. روش استظهار متون

روش مرحوم وحید در استظهار و تفسیر متون، مبتنی بر روش محاوره‌ای و عرفی است. او به حق معتقد است که ائمه بر مبنای محاورات عرفی و به لسان قوم سخن می‌گفتند و لذا فقیه نیز باید در فهم کلام ایشان، با همان میزان از دقت به استظهار پردازد و از توجیه و تأویل‌های بیهوده و تکثیر احتمالات به شدت پرهیزد؛ زیرا این کار سبب برداشتی مخالف ظهور اصلی کلام معصوم می‌گردد. او در فایده بیست و هفتم از کتاب خود می‌نویسد:

ائمه علیهم السلام - همچنان که در محل خود بررسی و تحقیق شده است - به شیوه محاورات عرفی سخن می‌گفتند و اهل عرف نیز این گونه سخن می‌گویند.^{۱۲}

به همین دلیل مرحوم وحید یکی از شرایط مجتهد را عدم انس به توجیه و تأویل ادله نقلی و پرهیز از تکثیر احتمالات می‌شمارد:

۱۱. ر. ک: هاشمی شاهرودی، مکتب فقهی اهل بیت (ع)، فصلنامه تخصصی فقه اهل بیت (ع)، ش ۳۲.
۱۲. الاجتهاد والتقليد (الفوائد الحائرة)، ص ۴۶۴.

فایده هشتم: اینکه با توجیه و تأویل در آیه و حدیث مانوس نباشد به حدی که معانی تأویل برده شده و محتمل، نزد او مساوی معانی ظاهری و مانع از اطمینان ذهن به معنای ظاهر اولی کلام شود. همچنان که متأسفانه شاهد چنین روش نادرستی از سوی برخی فقها بوده ایم. فقیه نباید خود را به تکثیر احتمالات در توجیه کلام عادت دهد؛ زیرا این کار سبب فساد ذهن است.^{۱۳}

اما مرحوم شیخ بر خلاف مرحوم وحید، دقت‌های عجیب و فراعرفی فراوانی در متون اعمال می‌کند. ایشان حتی این کار خود را به روایات استناد می‌دهد. وی در معنایی از دو روایت معروف این گونه می‌گوید:

الثالث عشر (ما بسنده - الحسن - عن أبي حيون مولى الرضا عليه السلام: إن في أخبارنا محكماً كمحكم القرآن ومتشابهاً كمتشابه القرآن فردوا متشابهها إلى محكمها ولا تتبعوا متشابهها دون محكمها فتضلوا).

الرابع عشر (ما عن معاني الأخبار بسنده عن داود بن فرق: قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: أنتم أفقه الناس إذا عرفتم معاني كلامنا إن الكلمة لتصرف على وجوه فلو شاء إنسان لصرف كلامه كيف شاء ولا يكذب) ...؛ (سیزدهم) روایتی به سند حسن که ابی حیون خادم امام رضا (ع) نقل می‌کند: «در روایات ما مانند قرآن محکم و متشابه هست، پس متشابهات آن را به محکماش ارجاع دهید و از متشابهات آن بدون ارجاع به محکومات پیروی نکنید که گمراه می‌شوید».

(چهاردهم) روایتی از معانی الاخبار از داوود بن فرق که می‌گوید شنیدم امام صادق (ع) می‌گوید: «شما فقیه‌ترین مردم هستید هنگامی که معانی کلام ما را بفهمید. سخن به وجوه گوناگونی انصراف پیدا می‌کند و اگر کسی بخواهد می‌تواند کلامش را به هر سو بخواهد میل دهد و بگرداند و در

عین حال دروغ نگفته باشد».

غرض از دو روایت مذکور ترغیب و تشویق بر اجتهاد و بذل تمام تلاش

(استفراغ الوسع) در معانی روایات است.^{۱۴}

البته اینکه باید در فهم معانی روایات تلاش کرد و اجتهاد به خرج داد، سخن حق و به جایی است، اما مهم این است که این اجتهاد و استفراغ الوسع چگونه باشد و به چه روشی انجام گیرد. اگر مراد این باشد که در فهم مراد روایات باید در فهم سؤال راوی و فضای ذهنی او دقت کرد و قرائن حالیه و لفظیه دخیل در مراد امام را در نظر گرفت و فضای سیاسی-اجتماعی حاکم و احتمال تقیه یا عدم تقیه را لحاظ کرد و... روشی صحیح و دقتی متناسب با کار فقهی انجام گرفته است که فقیه را در رسیدن به معنای درست احادیث بسیار نزدیک می کند. اما اگر مراد شیخ از استفراغ الوسع در معانی روایات-همچنان که از روش و سیره عملی اش پیداست- این باشد که باید بدون توجه به قرائن و شواهد موجود، به بررسی تمام احتمالات ممکن و قابل تصور پرداخت و یک یک آنها را بررسی کرد، روشی است ناصواب که دقیقاً مورد انتقاد شدید مرحوم وحید هم قرار گرفته است.

شیخ انصاری استفراغ الوسع در معانی روایات را تا جایی پیش می برد که گاهی به طرح هجده احتمال در معنای یک حدیث کوتاه می پردازد. به عنوان مثال وی به مناسبت بحث از قاعدة «سهو فی السهو» که مستفاد از روایت حفص بن بُختری است،^{۱۵} این گونه وارد تحلیل روایت می شود:

۱۴. فرائد الاصول، ج ۲، ص ۷۷۶ و ۷۷۸.

۱۵. متن روایت این گونه است: عَلِيٌّ بْنُ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ وَ مُحَمَّدُ بْنُ إِسْمَاعِيلَ عَنْ الْفَضْلِ بْنِ شاذَانَ جَمِيعاً عَنْ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ حَفْصِ بْنِ الْبَخْتَرِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) قَالَ: لَيْسَ عَلَى الْإِمَامِ سَهْوٌ وَلَا عَلَى مَنْ خَلْفَ الْإِمَامِ سَهْوٌ وَلَا عَلَى السَّهْوِ سَهْوٌ وَلَا عَلَى الْإِعَادَةِ إِعَادَةٌ. (الكافي، ج ۳، ص ۳۵۹)

سهو یا به معنای نسیان است و یا به معنای شک و یا اعم از نسیان و شک است. با این احتمالات معنای روایت مجمل می‌شود. لذا باید صورت‌های مسأله را جدا جدا مورد بحث قرار دهیم و بنابراین، مسأله هجده صورت می‌یابد. چون با ضرب سه احتمال در معنای سهو منفی (سهو اوّل) در سهو منفی فیه (سهو دوم)، رقم نه حاصل می‌شود و در هر یک از این نه احتمال سهو یا به معنای خود سهو است و یا به معنای موجبات سهو که جمعاً هجده احتمال می‌شود.^{۱۶}

شیخ بیشتر این هجده احتمال را مورد بحث و مذاقه قرار داده و احکام مختلفی نیز بر آنها مترتب ساخته است.

همان طور که ملاحظه می‌شود شیخ مانند یک فیلسوف و بدون توجه به قرائن و شواهد موجود و فضای ذهنی مخاطب، به بیان تمام احتمالات ممکن می‌پردازد که روشی نامتعارف و ناصواب برای استظهار جملاتی است که القای به عرف شده است. اشکال ما به مرحوم شیخ و تابعین ایشان این است که آیا واقعاً امام به گونه‌ای حرف می‌زد که مخاطب وی هجده احتمال در معنای سخن او بدهد؟! اگر چنین نیست (که قطعاً چنین نیست) و امام به صورت متعارف و با لسان قوم به تبلیغ دین می‌پرداخت، به گونه‌ای که مخاطب حتی دو احتمال هم در کلام ایشان نمی‌داد، پس چرا در فهم و تفسیر کلام ایشان به جای تلاش در کشف قرائن و شواهد مؤثر در مقام استظهار، به تکثیر احتمالات عجیب و غریب و توجیه‌های ناصواب پرداخته شود و با این کار خود، عملاً حدیث را از درجه انتفاع ساقط کرد؟

این احتمال پردازی عجیب شیخ در حالی است که با مراجعه به روایت مورد بحث و روایات مشابه، مقصود از واژه سهو بسیار روشن است؛ زیرا گذشته از تعبیر «لیس علی الامام سهو» که می‌توان از آن فهمید که شک در رکعات مورد نظر

۱۶. احکام الخلل فی الصلاة، ص ۱۰۲.

است، این روایت در ضمن روایات مشابهی آمده که مقصود از آنها شک در رکعات نماز است و جای هیچ گونه احتمال سازی را باقی نمی گذارد. به علاوه، تدبر و تتبع در روایات مربوط، جای هیچ شک و تردیدی باقی نمی گذارد که واژه سهو در صورت اطلاق، به شکیات نماز انصراف دارد.

وی همچنین به مناسبت بحث در ذیل صحیح زرار که می گوید: «ثم قال (ع) یا زرارۃ إذا خرجت من شيء ثم دخلت في غيره فشكك ليس بشيء»^{۱۷} می نویسد:

شیء و غیر در متن صحیح، یا مخصوص واجبات مستقله نماز است، مثل قرائت، رکوع و سجود، و یا اعم از واجبات مستقله معهوده و اجزای واجب مانند یک آیه در قرائت است. در هر یک از دو صورت، شیء و غیر یا مخصوص افعال واجب نماز است و یا اعم از واجبات عملی و مقدمات واجب مثل هوی (افتادن) به سجده است و در هر یک از چهار صورت، شیء و غیر یا مخصوص واجبات نماز است و یا اعم از واجبات و مستحبات است؛ مانند قنوت.^{۱۸}

اما مرحوم وحید در این مورد با تمسک به همان روش مورد تاکید خویش و بهره گیری از روش عرفی و فهم محاوره ای و نیز با بهره مندی از سیاق کلام، فهم صائب خویش را از حدیث «لا سهو في السهو» بیان می کند و هرگز به راه تکثیر

۱۷. متن کامل روایت از این قرار است: أَحْمَدُ بْنُ مُحَمَّدٍ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ أَبِي نَصْرٍ عَنْ حَمَّادِ بْنِ عِيسَى عَنْ حَرِيزِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ عَنْ زُرَّارَةَ، قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع): رَجُلٌ شَكَّ فِي الْإِذَاَنِ وَقَدْ دَخَلَ فِي الْإِقَامَةِ قَالَ: يَمْضِي قُلْتُ: رَجُلٌ شَكَّ فِي الْإِذَاَنِ وَالْإِقَامَةِ وَقَدْ كَبَّرَ قَالَ: يَمْضِي قُلْتُ: رَجُلٌ شَكَّ فِي التَّكْبِيرِ وَقَدْ قَرَأَ قَالَ: يَمْضِي قُلْتُ: شَكَّ فِي الْقِرَاءَةِ وَقَدْ رَكَعَ قَالَ: يَمْضِي قُلْتُ: شَكَّ فِي الرُّكُوعِ وَقَدْ سَجَدَ قَالَ: يَمْضِي عَلَى صَلَاتِهِ ثُمَّ قَالَ: يَا زُرَّارَةُ إِذَا خَرَجْتَ مِنْ شَيْءٍ ثُمَّ ادْخَلْتَ فِي غَيْرِهِ فَشَكَّكَ لَيْسَ بِشَيْءٍ: (تهذيب الاحكام، ج ۲، ص ۳۵۲)

۱۸. احكام الخلل في الصلاة، ص ۸۹.

احتمالات شیخ نمی‌رود.^{۱۹} وی در معنا کردن حدیث شک نیز به همین شکل عمل می‌کند و هرگز در دام دقت‌های فراعرفی و غیر فقهی اسیر نمی‌شود.^{۲۰}

نمونه دیگر از دقت‌های شبه فلسفی و فراعرفی در کلام شیخ، در بحث استناد به ادله نقلی برای اثبات اصل برائت است. شیخ در آغاز بحث از ادله برائت، متعرض دسته‌ای از آیات می‌شود که اصولیان بدان استناد کرده‌اند. ایشان بدون استثنا همه آیات را قاصر از دلالت می‌داند. به عنوان مثال در آیه شریفه: «مَنْ اهْتَدَىٰ فَإِنَّمَا يَهْتَدِي لِنَفْسِهِ وَمَنْ ضَلَّ فَإِنَّمَا يَضِلُّ عَلَيْهَا وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا»^{۲۱} نتیجه‌ای که نوع مردم از آیه درک می‌کنند، آن است که خدای متعال بدون اتمام حجت عذاب نمی‌کند. همچنین، عرف بین عذاب دنیوی و اخروی تفصیل نمی‌دهند و این احتمال حتی یکبار از ذهن یکی از عقلای مخاطب کلام نیز خطور نکرده و نمی‌کند که شاید غرض آیه، لزوم اتمام حجت برای عذاب‌های دنیوی است و عذاب‌های اخروی بدون بیان و ابلاغ نیز ممکن است! اما با کمال شگفتی، مرحوم شیخ این گونه به تحلیل آیه و رد دلالت آن می‌پردازد:

اشکال این است که ظاهر آیه اخبار از وقوع عذاب در زمان‌های سابق پس از مبعوث شدن پیامبر در میان ایشان است. پس آیه به عذاب دنیوی واقع شده در امت‌های سابق اختصاص می‌یابد.^{۲۲}

آیه «وَمَا كَانَ اللَّهُ لِيُضِلَّ قَوْمًا بَعْدَ إِذْ هَدَاهُمْ حَتَّىٰ يُبَيِّنَ لَهُمْ مَا يَتَّقُونَ إِنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ»^{۲۳} نیز قاعده کلی را بیان می‌کند که اگر ما اقوامی را گمراه کرده و عذاب

۱۹. الحاشية على مدارك الاحكام، ج ۳، ص ۳۱۴.

۲۰. مصابيح الظلام، ج ۶، ص ۵۱۳.

۲۱. اسراء، آیه ۱۵.

۲۲. فرائد الاصول، ج ۱، ص ۳۱۷.

۲۳. توبه، آیه ۱۱۵.

می‌کنیم، پس از هدایت آنان به موارد تقواست. از نظر عرف، این آیه دلالت می‌کند که تا هدایت و اتمام حجت نباشد، ضلالت و عذاب دامنگیر انسان نمی‌شود.^{۲۴} اما مرحوم شیخ، دلالت این آیه را نیز مانند آیه سابق بر برائت نمی‌پذیرد و این گونه می‌نویسد:

اشکال آیه سابق در همین جا نیز تکرار می‌شود. به علاوه اشکال دیگر اینکه دلالت این آیه ضعیف‌تر از آن است؛ زیرا متوقف بودن خذلان (عدم هدایت) بر بیان، ظهوری در استلزام مطلب ندارد مگر از راه مفهوم موافق.^{۲۵}

اما مرحوم وحید بدون کمترین خدشه‌ای در این آیات، تصریح می‌کنند که دلالت این آیات بر برائت بر هر عاقلی واضح است.^{۲۶}

نمونه واقعاً عجیب دیگر از تکثیر احتمالات شیخ تفسیر وی از آیه شریفه: «وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ»^{۲۷} است که ایشان می‌فرماید:

در معنای قرب چهار احتمال قابل تصور است و در معنای حسن نیز دو احتمال می‌رود و آنگاه در هر یک از دو معنای احتمالی حسن دو احتمال دیگر نیز وجود دارد.^{۲۸}

با ضرب احتمالات مطرح شده توسط شیخ باید گفت مجموعاً شانزده احتمال در معنای آیه شریفه قابل طرح است.

۲۴. این معنا را امام صادق علیه السلام نیز در ضمن روایتی به صراحت فرموده‌اند: عَنْ حَمَزَةَ بْنِ مُحَمَّدٍ الطَّيَّارِ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) فِي قَوْلِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ - وَمَا كَانَ اللَّهُ لِيُضِلَّ قَوْمًا بَعْدَ إِذْ هَدَاهُمْ حَتَّى يُبَيِّنَ لَهُمْ مَا يَتَّقُونَ ... - قَالَ حَتَّى يَعْرِفَهُمْ مَا يُرْضِيهِ وَمَا يُسْخِطُهُ (الكافي، ج ۱، ص ۱۶۳).

۲۵. فرائد الاصول، ج ۱، ص ۳۱۸.

۲۶. الرسائل الاصولية، ص ۳۵۳.

۲۷. اسراء، آیه ۳۴.

۲۸. كتاب المكاسب، ج ۳، ص ۵۷۴.

جالب این است که مرحوم شیخ انصاری این روش، یعنی تکثیر احتمالات و بیان تمامی معانی ثبوتی و محتمل در معنای عبارت را منحصر به آیات و روایات نکرده و حتی به اصول و قواعد فقهیه نیز سرایت داده است. به عنوان مثال، وی در معنای قاعده «الاصل فی البیع اللزوم» و بیان هماهنگی آن با خیار مجلس، به طرح چهار احتمال در معنای اصل مذکور می‌پردازد.^{۲۹} اما مرحوم وحید بدون پرداختن به این احتمالات مختلف و در بیانی کوتاه و گویا، وجه هماهنگی و تناسب اصل مذکور و خیار مجلس را این گونه بیان می‌کند:

زیرا اصل در بیع بدون هیچ تأملی لزوم است و خیار نیز به منظور رهایی از مقتضای همین اصل است.^{۳۰}

۲. میزان احتیاط

روش اجتهادی مرحوم وحید بر پرهیز از افراط در احتیاط استوار است. او کثرت احتیاط را مخرب فقه می‌داند و اساساً کسانی را که زیاده‌روی در احتیاط می‌کنند و کمتر فتوا می‌دهند، فقیه به شمار نمی‌آورد. وی در بحث از شرایط اجتهاد این گونه می‌نویسد:

دهم: اینکه اهل زیاده‌روی در احتیاط نباشد؛ زیرا چه بسا این کار فقه را ویران می‌کند، همچنان که این کار را از بسیاری از کسانی که در احتیاط زیاده‌روی کرده‌اند شاهد بوده‌ایم. حتی باید گفت هر کسی که در احتیاط افراط و زیاده‌روی می‌کند اصلاً فقیه نیست؛ نه در مقام عمل برای خود و نه در مقام فتوا برای دیگری.^{۳۱}

۲۹. همان، ج ۵، ص ۱۳.

۳۰. حاشیه مجمع الفائدة والبرهان، ص ۲۱۶.

۳۱. الاجتهاد والتقليد (الفوائد الحاثیه)، ص ۳۴۱.

اما مرحوم شیخ بسیار در فقه خود احتیاط می‌کند و کمتر فتوا می‌دهد؛ به گونه‌ای که می‌توان به جرأت، فقه وی را فقه احتیاطی نامید. روش احتیاطی شیخ در فقه به قدری مشهود بوده است که حتی مرحوم صاحب جواهر نیز که هنگام مرگ تصمیم به معرفی شیخ به عنوان مرجع بعد از خود می‌گیرد، پس از اعلام مرجعیت او به حضار، وی را مورد خطاب قرار می‌دهد و می‌گوید: «ای شیخ از احتیاطات کم کن؛ زیرا شریعت اسلام شریعتی آسان (سمحه و سهله) است».^{۳۲}

شیخ جعفر شوشتری در آغاز نسخه‌های خطی از مناسک شیخ - که به شماره ۸۸۶۲ در کتابخانه آستان قدس رضوی نگهداری می‌شود - نوشته‌اند:

این مناسک که از مرحوم حجة الاسلام الشيخ المرتضى للأمام (طاب ثراه) می‌باشد، مسائل آن را غالباً طبق احتیاط نوشته‌اند و لهذا در اوّل آن فرموده‌اند که عمل به آن اختصاص به ایّام حیات من ندارد، با وجود اینکه تقلید میت را جایز نمی‌دانستند. و فتاوی حقیر بر طبق فتاوی مسطوره در این مناسک می‌باشد، مگر در یک مسأله که ایشان در مشعر الحرام ذکر خدا را مستحب می‌دانند و احقر تقویت وجوب آن می‌کنم و قصد قربت کفایت می‌کند... (حرّره اقلّ خدام الشرع جعفر التستری)^{۳۳}

نمونه دیگر از احتیاطات بیش از حد شیخ انصاری موردی است که مرحوم محدث نوری در خاتمه مستدرک نقل و نسبت به این گونه احتیاطات اظهار شگفتی می‌کند:

یکی از علما برای من نقل کرد که در محفل شیخ اعظم حاضر بودم که فقیه برجسته شیخ مهدی نجفی نوه کاشف الغطاء از ایشان پرسید: برای ما نقل شده که شما در تسبیحات نماز احتیاط می‌کنید و سه مرتبه تسبیح کبری را در

۳۲. علم الاصول تاریخاً و تطوراً، ص ۱۸۲.

۳۳. به نقل از مجله فقه اهل بیت (ع)، ش ۴۹، ص ۱۱۴.

رکوع و سجود تکرار می‌نمایید. این احتیاط چه وجهی دارد؟ شیخ انصاری از وی پرسید آیا پدرت شیخ علی را درك کرده‌ای؟ او گفت: آری. شیخ پرسید او چگونه نماز می‌گذازد؟ پاسخ داد با سه تسبیح. شیخ پرسید آیا عمویت شیخ موسی را درك کرده‌ای؟ او گفت: آری. شیخ پرسید او چگونه نماز می‌گذازد؟ پاسخ داد با سه تسبیح. شیخ باز هم پرسید آیا عمویت شیخ حسن را نیز درك کرده‌ای؟ او پاسخ داد: آری. شیخ گفت: او چگونه نماز می‌گذازد؟ شیخ مهدی جواب داد با سه تسبیح. شیخ گفت: «برای احتیاط کردن مواظبت و مراقبت سه تن از فقها کافی است».

و آنچه از بسیاری از بزرگان در زمان ما عجیب است این است که در بسیاری از فروع جزئی احتیاط می‌کنند صرفاً به دلیل یک شبهه ضعیف مانند مخالفت عده کمی با عدم ظهور دلیل، بلکه با وجود دلیل معتبر بر خلافش.^{۳۴}

بسیاری از اهل نظر، علت اجتناب شیخ از فتوا دادن و عدم نتیجه‌گیری مشخص در مسائل فقهی را شدت احتیاط و ورع در فتوا معرفی می‌کنند،^{۳۵} اما به نظر می‌رسد عامل اصلی این مسئله چیز دیگری باشد. بسیاری از فقه‌های قبل از شیخ، مانند شیخ مفید، شیخ صدوق، شیخ طوسی، شهید اول، علامه حلی، مقدس اردبیلی و مرحوم وحید بهبهانی نیز اهل ورع بودند و هرگز بدون مستند کافی و مشروع، چیزی به شارع نسبت نمی‌دادند، اما در عین حال از فتوا دادن نیز اجتناب نداشتند و مقلدان خویش و نیز خوانندگان کتاب‌های خود را در احتیاط رها نمی‌ساختند. اساساً باید گفت حکمت اصلی فقاها و رسیدن به درجه اجتهاد همین است که هم خود فقیه و هم مقلدان وی، تکلیف خود را به طور مشخص بدانند و از تنگنای احتیاط و حرج ناشی از آن خلاصی یابند؛ حال اگر روش اجتهاد

۳۴. مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، الخاتمة، ج ۲، ص ۱۶.

۳۵. عابدی، شیوه شیخ در فقاها، آینه پژوهش، ش ۲۷.

ما به گونه ای باشد که مدام ناچار به احتیاط شویم، چه طرفی از فقاقت و اجتهاد خویش بر بسته ایم؟

به باور ما آنچه سبب شده است مرحوم شیخ و اتباع وی گرفتار فقه احتیاطی و وسواس در فتوا شوند به دو دلیل است:

یکی همان دقت های نامتعارف و شبه فلسفی در متون است که به تکثیر احتمالات و عدم ثبات ذهن بر یک احتمال مشخص منجر می شد و دیگری زیاده روی در نقل اقوال است.

بر خواننده محترم واضح است که توجه به اقوال فقهای بزرگ و فهم کلام ایشان از ضروریات غیر قابل انکار برای هر فقیهی است.^{۳۶} در دو روایت از امیرالمؤمنین (ع) در باره ضرورت مراجعه به اقوال بزرگان آمده است:

اضربوا بعض الرأى ببعض يتولد منه الصواب. امخضوا الرأى مخض السقاء؛^{۳۷}

رای ها را بر یک دیگر عرضه کنید [و آنها را کنار هم نهید] که رای درست این گونه پدید می آید. رای و نظر را- همچون ماستی که برای بیرون آوردن کره آن در میان مشک می ریزند و می زنند- بزنید [تا به وسیله تقابل آرا و برخورد اندیشه ها به نظر درست برسید].

اضمم آراء الرجال، واختر اقربها إلى الصواب، و أبعدها عن الارتباب؛^{۳۸} آراء مردان را به هم پیوند، و نزدیک ترین آنها را به صواب و صلاح و دورترین آنها را از شک و تردید، برگزین.

۳۶. علامه وحید بهبهانی آشنایی با اقوال را از جمله شرایط اجتهاد می شمرد. الفوائد الحاثریة، ص ۳۳۷.

۳۷. الحیة، ج ۱، ص ۲۸۷.

۳۸. همان.

اما افراط در این مسئله و پرداختن بیش از حد به کلمات بزرگان، سبب ازدحام برداشت‌ها و تکثیر زوایای دید برای فقیه می‌شود؛ به گونه‌ای که او خود را در هاله‌ای از اقوال و نگاه‌های متفاوت اسیر می‌بیند و توان تصمیم‌گیری و انتخاب قول برتر یا ابداع قول جدید را در خود نمی‌یابد. امیرالمؤمنین(ع) در مذمت پرداختن بیش از حد به اقوال دیگران می‌فرماید:

وَقَالَ (ع): إِذَا اِزْدَحَمَ الْجَوَابُ خَفِيَ الصَّوَابُ؛^{۳۹}

هرگاه جواب انبوه گردد، صواب مخفی می‌شود.

یکی از اندیشوران در مقاله‌ای که به بررسی روش فقهی شیخ انصاری پرداخته است، درباره کثرت بررسی اقوال توسط شیخ این گونه می‌نویسد:

برای نمونه به این چند مورد توجه شود:

الف: در ابتدای رساله مواسعه و مضایقه، نزدیک به ۵۰ نفر از فقها را نام می‌برد و نظر آنان را درباره اینکه تقدم نماز قضا بر نماز حاضر لازم نیست، بیان می‌کند.

شیخ تنها به نقل اقوال اکتفا نکرده و آنها را تحلیل و بررسی می‌کند. نظر علامه و آنگاه فخر المحققین را می‌آورد. از اقوال علمای اهل سنت کمتر بهره می‌گیرد.

شیخ در باب بیع وقف، کلمات فقها را از ۲۲ کتاب فقهی به ترتیب زمان تألیف، ذکر می‌کند.

ب: در ابتدای رساله «من ملک شیئاً ملک الاقرار به» می‌فرماید: «ینبغي أولاً ذکر کلمات من ذکرها بعینها أو بما یرادفها، ثم نتبعه بذكر مرادهم منها بمقتضى ظاهرها أو بمعونة قرينة استدلالهم بها فی الموارد الخاصة». همان گونه که پیداست، شیخ به نقل فقها اکتفا نمی‌کند؛ بلکه به تفسیر و توضیح

۳۹. شرح آقا جمال خوانساری بر غرر الحکم و درر الکلم، ج ۳، ص ۱۲۶.

مراد آنان از آن کلمات (با استفاده از قراین متصل و منفصل) می پردازد.

ج: در باب بیع وقف، کلمات فقها را از ۲۲ کتاب فقهی به ترتیب زمان تألیف، ذکر می کند و پس از آن می فرماید: «این بود قسمتی از کلمات آنان که خود دیده یا برایم حکایت شده است». (المکاسب، ص ۱۶۶).

د: در باب معاطات می فرماید: «ولننقل اولاً کلمات جماعة ممن ظفرونا علی کلماتهم لیظهر منه ...» (ص ۸۱) و در باب خیار حیوان پس از نقل کلمات برخی از فقها می فرماید: «هذا ما حضرني من کلماتهم في هذا المقام الظاهرة في المعنى الثالث ...» (ص ۲۷۷).

البته باید توجه داشت که شیخ اینها را در زمانی نوشته و جمع آوری کرده که همه این کتاب ها نسخه خطی بوده و نوعاً شماره صفحه نداشته اند تا چه رسد به فهرست و معجم. هم اکنون نیز محققان می دانند که پیدا کردن یک مطلب در تذکره علامه چقدر زحمت دارد!

ه: در باب خیار حیوان در یک سطر از مکاسب، نظر بیش از بیست نفر از فقها را نقل کرده است. (ص ۲۲۴). براستی برای نوشتن این یک سطر چقدر وقت صرف تتبع و جستجو شده است.^{۴۰}

دقت های نامتعارف و عقلی از یک سو و کثرت بررسی و توجه به اقوال از سوی دیگر، فقه شیخ انصاری را به فقهی احتیاطی تبدیل کرده و سبب نوعی وسواس در مقام فقاها شده است؛ به گونه ای که ذهن فقیه هیچ گاه بر روی یک نظر، مستقر و مستحکم نمی شود. مرحوم وحید چنین روشی را قبول ندارد و صریحاً می گوید که استقامت ذهن و استقرار آن بر یک حقیقت، از جمله شرایط مجتهد است:

۴۰. عابدی، شیوه شیخ در فقاها، آینه پژوهش، ش ۲۷.

پنجم: اینکه ذهن او بیش از اندازه تیز نباشد، به گونه‌ای که مانند اصحاب

جربزه، قطع و جزم به چیزی پیدا نکند.^{۴۱}

در این جا باید به این نکته اشاره کنیم که نفی حدّ ذهن بیش از اندازه از جانب مرحوم وحید، هرگز به معنای تساهل فقهی و نفی دقت‌های متناسب با مقام فقاهاست نیست. آنچه را که ایشان نفی می‌کند و عدم آن را شرط فقاهاست درست می‌شمرد، وسواس فکری و احتیاط‌های نابه‌جایی است که مانع از استقرار ذهن فقیه بر یک مطلب می‌گردد. از این رو مرحوم وحید در مقام لزوم دقت‌های فقهی برای فقیه و اینکه وی باید نهایت دقت خود را اعمال کند و بداند که در کجا باید از نص عدول و در کجا نباید عدول کند، می‌گوید:

پس از آنچه گذشت، روشن شد که قطعاً تجاوز از نصوص حرام است و تجاوز نکردن و جمود بر آنها نیز حرام است. مخالفت نصوص حرام است و عدم مخالفت نیز قطعاً حرام است. پس ناچار مجتهد باید جایگاه هر کدام را بداند و موارد تجاوز از متن را بشناسد تا مجتهد باشد. به دلیل آنچه دانستی که تنها ظن مجتهد حجت است و مجتهد باید بداند که فتوایش حق است تا داخل آتش نشود. عدم تمایز میان دو مقام، بزرگترین خطری است که وی را

۴۱. الاجتهاد و التقليد (الفوائد الحائریة)، ص ۳۴۰. در پاورقی کتاب فوائد حائریه درباره معنای جربزه این گونه آمده است: الجربز و القربز معربان عن (کربز) الفارسیة کما فی القاموس و شرحه و هما بمعنی واحد هو: الخبّ - ضد الغرّ - و هو الخداع المفسد - لسان العرب مادة: جربز و خبب - هذا أصل الجربزة فی اللغة، ولكن لها فی اصطلاح علماء الاخلاق معنی آخر - له صلة بالمعنی اللغوي - و هو: صفة من رذائل القوة العاقلة فی جانب الإفراط موجبة لخروج الذهن عن الاستقامة والاستقرار علی شیء، بل لا یزال یتخرج أموراً دقيقة غیر مطابقة للواقع، و یتجاوز عن الحق، و لا یتقر علیّه، و ربما أدّى فی العقلیات إلى الإلحاد و فساد الاعتقاد بل إلى نفی حقائق الأشياء کما فی السوفسطائية و فی الشرعیات إلى الوسواس. (جامع السعادات، نراقی، ج ۱، ص ۱۰۰، بتصرف).

تهدید می‌کند؛ زیرا اگر وجه تمایز آنها را نداند از اول تا آخر فقه را تخریب خواهد کرد؛ زیرا متوجه دلیل تعدی یا مخالفت نشده و آن را ترك می‌کند به گمان اینکه تعدی از متن حرام است یا مخالفت با آن حرام است و ای بسا در مواردی که تعدی جایز نیست، تعدی می‌کند به سبب قیاس آن به مواردی که تعدی واجب است. همچنین است مخالفت کردنشان، کما اینکه برخی از علما را می‌یابیم که چنان عمل کرده‌اند.^{۴۲}

۳. محوریت متن یا قاعده

هر علمی عهده دار رفع بخشی از نیاز بشر و متشکل از یک سلسله قواعد است. علم فقه نیز مانند سایر علوم در بردارنده قواعدی است که از سوی فقها، هم در مقام فهم متون و هم در تشخیص وظیفه مکلف به کار گرفته می‌شود. اصل به کارگیری و استفاده از قواعد فقهی و اصولی نه تنها اشکالی ندارد، بلکه لازمه توانمندی یک فقیه در مقام استنباط است. آنچه مهم است و نباید مورد غفلت قرار بگیرد این است که فقیه جایگاه استفاده از قواعد را بداند و در غیر موارد نیاز که حکمت جعل قاعده برای آنهاست به سراغ قواعد نرود؛ چون در این صورت چه بسا به کارگیری قواعد سبب نقض غرض باشد؛ زیرا حقیقت این است که مردم در بیشتر موارد در محاورات عرفی خویش و تفهیم و تفاهمی که با یکدیگر دارند، اصلاً توجهی به قواعد ندارند؛ زیرا نوعاً ابهامی نمی‌بینند تا نیازی به رجوع به قواعد باشد بلکه چه بسا رجوع بی‌مورد به قواعد سبب برداشتی خلاف برداشت متعارف می‌گردد که عواقب ناگواری هم در پی دارد.

با آنکه مرحوم وحید بهبهانی شرایط و مقدمات متعددی را برای اجتهاد شرط می‌داند و بر تحصیل آن شرایط برای فقیه تأکید دارد، اما بر پایه مشی اعتدالی و

۴۰. الفوائد الحائریة، ص ۲۹۳.

میانه روی خویش، تأکید دارد که نباید افراط در بهره‌گیری از این قواعد به عمل آید؛ بلکه این قواعد برای موارد نیاز و مواقع شک به درد می‌خورند و در مواردی که خصوصیات مورد، واضح و روشن است و ابهامی در بین نیست نباید سراغ قواعد رفت؛ زیرا سبب غفلت از قرائن حدیث می‌شود و در نهایت، گمراهی فقیه را به دنبال دارد.

ایشان به مفهوم وصف مثال می‌زند و می‌گوید گرچه در اصول فقه ثابت شده است که وصف مفهوم ندارد، اما بر هر اهل علمی روشن است که تعلیق حکم بر وصف، مشعر به علّیت است و چنانچه این اشعار با خصوصیت مقام تقویت شود، قدر معتبر از ظهور برای ما حاصل می‌گردد. سپس به این دو روایت مثال می‌زند که از امام درباره‌ی خیار حیوان سؤال شد، حضرت فرمود: «ثلاثة أيام للمشتري» و سپس درباره‌ی خیار غیر حیوان سؤال شد و حضرت فرمود: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا» و لذا کاملاً بر مخاطب روشن است که وصف در این بیان امام مفهوم دارد و خیار حیوان مختص مشتری است.^{۴۱}

اما مرحوم شیخ دقیقاً در برخوردی مطابق با آنچه مرحوم وحید از آن بر حذر می‌دارد، بدون توجه به خصوصیات آیه نبأ و دلالت روشن و عرفی آن بر حجیت خبر واحد ثقه، صرفاً به نفی مفهوم از وصف استناد می‌کند:

چنانچه استدلال به آیه نبأ بر حجیت خبر واحد به مفهوم وصف یعنی فسق برگردد، درست نیست؛ زیرا همچنان که در جای خود ثابت شده است، وصف مفهوم ندارد به ویژه در مواردی مانند آیه مذکور که وصف، غیرمعمد بر موصوف است؛ چرا که بیشتر به مفهوم لقب شباهت دارد و چه بسا همین مطلب مراد کسانی مانند سیدین و امین الاسلام و محقق حلی و

۴۱. همان، ص ۳۴۴.

علامه حلی و دیگرانی باشد که فرموده اند استدلال به آیه نبأ برای حجیت

خبر واحد مبتنی بر دلیل خطاب است و ما در این جا قائل به آن نیستیم.^{۴۲}

نگاه قاعده‌ای شیخ و غفلت از خصوصیات مورد، مانع از پذیرش مفهوم وصف شده است، چون به حسب مورد واقعاً، وصف مفهوم دارد؛ زیرا مردم به حسب ضرورت زندگی در دنیا و عالم حجاب به خبر واحد عمل می‌کنند. آیه هم در مقام آسیب زدایی از رفتار مردم، آنان را از عمل به خبر کسی که متصف به فسق است نهی می‌کند. این بیان، ظهور و بلکه صراحت در علیت فسق در تبیین دارد. پس چنانچه آورنده خبر فاسق نبود، نیازی به تبیین نیست و خبر او حجت است.

این روش مواجهه با ادله و قاعده زدگی افراطی یکی از مشخصه‌های روش شیخ و اتباع وی است که به «مکتب نجف» مشهور است. یکی از محققان در پژوهشی که درباره روش فقهی شیخ انجام داده است درباره اهتمام شیخ به تأسیس اصل در آغاز هر باب می‌نویسد:

شیخ انصاری پیش از شروع در هر مسأله به تأسیس اصل اولیه و قاعده کلی می‌اندیشد تا در موارد شک و ابهام از آن اصل استفاده کند. این اصل را گاه از عمومات آیات و روایات استفاده می‌کند و گاه از اصول عملیه. اما به هر حال همیشه پیش از ورود در مسئله یک اصل لفظی یا عملی در دست دارد و در نتیجه، هرگز در پایان مسئله با تردید و شک مواجه نمی‌شود و با مراجعه به آن اصل به راحتی حکم را به دست می‌آورد.^{۴۳}

این اهتمام بیش از اندازه به تأسیس قواعد و اصول در هر باب فقهی در شیوه پیروان و عمده شاگردان شیخ امری نهادینه شد.

اما روش مرحوم وحید این نیست که از همان آغاز به تأسیس اصل بپردازد؛ او

۴۲. فرائد الاصول، ج ۱، ص ۱۱۸.

۴۳. عابدی، شیوه در فقهات، آینه پژوهش، ش ۲۷.

ابتدا به سراغ متون می‌رود و چنانچه نتیجه‌ای نگرفت و ابهامی در مسئله باقی بود، به سراغ تأسیس اصل می‌رود؛ زیرا باور دارد که در بیشتر موارد با رجوع به ادله، ابهامی نمی‌ماند تا نیاز به اصل باشد. بنابراین، تأسیس اصل در اغلب موارد نه تنها بی‌فایده بلکه مضر است و سبب غفلت فقیه از خصوصیات و قرائن مورد می‌گردد.

با توجه به تفاوت مذکور که درباره روش فقهی - اصولی مرحوم وحید و مرحوم شیخ گفتیم، اکنون باید این حقیقت را بیان کنیم که آنچه امروزه به عنوان مکتب قم و مکتب نجف در لسان فقها و اصولیان رایج است، در حقیقت ریشه در روش مرحوم وحید و مرحوم شیخ دارد. به عبارت دیگر، فقها و بزرگانی همچون مرحوم میرزای شیرازی، شیخ عبد‌الکریم حائری و مرحوم آیت الله بروجردی که بر روش مرحوم وحید باقی ماندند و متأثر از تغییرات مرحوم شیخ نشدند، پایه‌گذاران مکتبی حساب می‌آیند که امروزه می‌توان آن را مکتب قم نامید، اما اصولیان و فقهایی که تحت تأثیر شیخ قرار گرفتند و راه وی را ادامه دادند، به مکتب نجف اشتها یافتند، مانند آخوند خراسانی، آقا ضیاء عراقی، مرحوم محقق اصفهانی و آیت الله خوئی.

۴. میزان به کارگیری اصول عملیه

اساساً علم به معنای کشف واقع است و تمام علوم به این منظور جعل شده و مورد استفاده انسان قرار گرفته‌اند که واقعیات موجود در عالم را برای او کشف کرده و در اختیار وی قرار دهند. کار اصلی هر علمی این است که متناسب با موضوع خودش، دردها و مشکلات را بشناساند و داروها و راه‌حل‌های مناسب را ارائه کند. بنابراین موارد تحیر و عدم کشف، جزو موارد استثنا و خارج از قاعده علوم است که باید کمترین سهم را در هر علمی برایش قائل شد.

اصول عملیه هنگامی در فقه مورد استفاده قرار می‌گیرد که هیچ اماره و دلیل

کاشفی نزد فقیه موجود نباشد و وی در تحریر محض قرار گرفته باشد. بنابراین باید گفت مراجعه فقیه به اصول عملیه یعنی اقرار به قرار گرفتن در بن بست و اعتراف وی به عجز از کشف حکم واقعی. با این توضیح بدیهی است که چنانچه فقیهی مراجعه فراوان و بیش از اندازه به اصول عملیه داشته باشد، نشانه محکمی بر وجود انحراف ها و ضعف هایی در روش فقهی اش است که مانع از رسیدن وی در بیشتر موارد به حکم واقعی می گردد.

از آنجا که مرحوم وحید در روش فقاقت خود، متن محور است و متون را هم بر اساس معیارهای عرفی معنا می کند، کمتر دچار ابهام در مسائل می گردد و کمتر در تحریر نسبت به حکم واقعی می ماند تا محتاج رجوع به اصول عملیه گردد. اصول عملیه در روش علمی مرحوم وحید مانند اسلاف صالح او بسیار کم رنگ است.^{۴۴} اما مرحوم شیخ، هم به دلیل نگاه قاعده محور که در بحث گذشته به تفصیل بیان شد و هم به دلیل مواجهه فیلسوفانه با متون دینی که سبب سلب استظهار عرفی و سلب استقامت ذهن بر روی یک ظهور خاص می شود، غالباً نوعی تحیر در مقام استنباط را احساس می کند که او را وادار به مراجعه فراوان به اصول عملیه می گرداند. از این رو، شیخ هم در اصول برای نخستین بار گسترش بسیار زیادی به اصول عملیه می دهد و هم در فقه مصرّانه از آن استفاده می کند؛ به گونه ای که فقه معاملات او به فقه اصول عملیه تبدیل شده است؛ تا جایی که اساتید حوزه، مطالعه فقه معاملات شیخ را برای تقویت فنّ استفاده از اصول عملیه به طلاب توصیه می کنند!

۴۴. فقهای ما بیش از هزار سال قبل از مرحوم شیخ انصاری در کتب فقهی خویش فتوا می دادند و بسیار کم به سراغ اصول عملیه می رفتند. همین حقیقت نشان می دهد که فقه شیعه این ظرفیت را دارد که در اغلب مسائل به کشف واقع که نمود خارجی آن فتواست برسد و در بن بست ها گیر نکند.

نکته جالب توجه این است که مباحث اصول عملیه نزد فقهای متقدم نیز جایگاه پررنگی نداشت و همچنان که در فقه فقط در موارد تحیر به آن رجوع می‌شود در اصول فقه نیز به صورت خلاصه و خیلی کم رنگ به آن می‌پرداختند. به عنوان مثال مرحوم شیخ مفید در یک سطر و مرحوم سید مرتضی در پنج صفحه و مرحوم شیخ طوسی در کمتر از چهار صفحه، بحث استصحاب را مطرح کرده‌اند. اما مرحوم شیخ انصاری بیش از چهار صد صفحه بحث استصحاب را طول داده است!^{۴۵} این در حالی است که مرحوم وحید بهبهانی به شیوه فقهای متقدم و با دوری جستن از مباحث زائد، کل بحث استصحاب را در بیست و دو صفحه سامان داده و به پایان برده است.^{۴۶} همچنین مرحوم شیخ در فرائد الاصول بحث برائت را در صد و هشتاد صفحه مطرح می‌کند،^{۴۷} اما مرحوم وحید فقط در هفتاد و چهار صفحه بحث را خاتمه می‌دهد.^{۴۸}

۵. طرح مباحث زائد

بر اهل نظر پوشیده نیست که علم اصول علمی آلی و مقدّمی است، یعنی مقدّمه ورود در فقه و استنباط صحیح است و هرگز اصالتی از خود ندارد. بنابراین شایسته و سزاوار نیست که مطالبی در آن مطرح و به بحث گذارده شوند که چنین شائی ندارند و در راستای استنباط مسائل شرعی قرار نمی‌گیرند. پس از ذکر این مقدمه کوتاه باید بگوییم یکی از تفاوت‌های اساسی میان روش مرحوم شیخ و مرحوم وحید بهبهانی در همین نکته مهم نهفته است. توضیح مطلب

۴۵. فرائد الاصول، ج ۳، ص ۹.

۴۶. الرسائل الاصولية، ص ۴۲۳.

۴۷. فرائد الاصول، ج ۲، ص ۱۷.

۴۸. الرسائل الاصولية، ص ۳۴۹.

این است که مرحوم وحید با مشی اعتدالی خویش که پیشتر به آن اشاره شد، مسائل اصولی را کاملاً حساب شده و مطابق نیاز واقعی فقیه مطرح می کند، لذا از اطاله بی جهت مباحث و اطناب های خسته کننده به دور است. اما مرحوم شیخ از این شیوه مبارك فاصله می گیرد و گویی برای خود اصول، نوعی اصالت قائل است.

شیخ در اصول خویش مباحثی را به تفصیل مورد بحث و کاوش قرار داده است که قبل از ایشان هرگز چنین سابقه ای در کتب اصولیان نداشت. به عنوان مثال، برخی مباحث از اصول اهل سنت در کتب فقه های متقدم مانند سید مرتضی و شیخ طوسی به حسب ضرورت آن زمان (برای پاسخ گویی به علمای اهل سنت یا برای اظهار وجود علمی در برابر حوزه های علمی عریض و طویل ایشان) وارد شده بود که در سده های بعد به دلیل رفع ضرورت مذکور، یا اصلاً از کتب اصولیان محو شده بود یا به صورت کمرنگ و در صفحاتی معدود به آن پرداخته می شد. اما مرحوم شیخ همان مباحث را با آنکه نوعاً تأثیری در مقام استنباط هم ندارند و به اقرار بسیاری از بزرگان اصول هیچ فایده و ثمره ای بر آنها مترتب نمی شود، به صورت بسیار گسترده و با تفصیل شگفت آور مطرح ساخت.

بحث مقدمة الواجب یکی از همان دست مباحث است. این بحث را به دلیل ضرورت پیش گفته، سید مرتضی در الذریعه^{۴۹} در حدود دو صفحه و شیخ طوسی در العده^{۵۰} در حدود چهار صفحه مطرح کرده و به بحث خاتمه داده اند. اما در کتب فقه های بعد از ایشان مانند محقق حلّی اثری از آن دیده نمی شود و در معالم^{۵۱} نیز در حدود سه صفحه به آن پرداخته شده است. در کتب مرحوم وحید بهبهانی نیز اثری

۴۹. الذریعة إلى أصول الشريعة، ج ۱۳، ص ۸۳.

۵۰. العدة فی أصول الفقه، ج ۱، ص ۱۸۶.

۵۱. معالم الدین و ملاذ المجتهدین، ص ۶۰.

از مقدمة الواجب دیده نشد. اما ناگهان در دوره شیخ انصاری همین مبحث در حدود سیصد صفحه به بحث جدی گذارده می‌شود! ^{۵۲} این در حالی است که بحث مقدمة الواجب به اذعان بسیاری از بزرگان اصولی هیچ ثمره‌ای در فقه ندارد. به عنوان مثال مرحوم نائینی می‌فرماید:

حق این است که این بحث حتی بنا بر قول به وجوب مطلق مقدمة الواجب نیز هیچ ثمره‌ای ندارد. این سخن از آن روست که در آینده خواهد آمد که محال است که ترك یکی از دو ضد، مقدمه برای فعل دیگر باشد. ^{۵۳}

گرچه خود ایشان با وجود این اعتراف صریح به بی‌ثمر بودن چنین بحثی، در حدود سی و هشت صفحه در کتاب خویش آن را به تفصیل مطرح ساخته است! از دیگر مباحث زائدی که در کتب مرحوم شیخ و اتباع وی دیده می‌شود، مباحثی مانند امر به شیء مقدمه نهی از ضد آن است، حقیقت شرعی، ^{۵۴} مشتق، تقسیمات ظن به طریقی و موضوعی، ^{۵۵} اخذ علم به حکم در موضوع ضد آن یا مانندش، ^{۵۶} خطابات مشافهه ^{۵۷} و ... را می‌توان نام برد.

۵۲. مطروح الانظار، ج ۱، ص ۱۹۵.

۵۳. اجود التقریرات، ج ۱، ص ۲۴۴. در پاورقی همان صفحه در تأکید بیشتری آمده است: و در جای خود خواهی دانست ان شاء الله که این بحث حتی بنا بر قول به اینکه ترك یکی از دو ضد مقدمه وجود دیگری باشد نیز هیچ ثمری ندارد. پس اینکه بخواهیم فساد عبادت مضاد با واجب فعلی را ثمره قول به وجوب مقدمة الواجب بدانیم از اساس، فاسد و نادرست است.

۵۴. امام خمینی، منهاج الوصول إلى علم الاصول، ج ۱، ص ۱۳۸؛ خویی، مصباح الاصول، ج ۱، ص ۱۲۰.

۵۵. خویی، مصباح الاصول (مباحث حجج و امارات)، ج ۱، ص ۵۰.

۵۶. آل فقیه عاملی، دروس فی علم الاصول (شرح الحلقة الثالثة)، ج ۲، ص ۲۳۴.

۵۷. میرزا هاشم آملی، مجمع الافکار و مطرح الانظار، ج ۲، ص ۱۹۸.

با توضیحاتی که گذشت جا دارد اضافه کنیم از دیگر نشانه های تأثیرپذیری روش فقهای مکتب قم از مرحوم وحید و فقهای متقدم این است که اهتمام ایشان به اصول فقه کمتر از بزرگانی است که متأثر از روش مرحوم شیخ و در دایره مکتب نجف هستند. فقهای مکتب قم مانند مرحوم وحید، فقه را اصل می دانند و در مقام استنباط، بیشتر همت خود را صرف فهم متون و استظهار صحیح از آن می کنند و اصول فقه را که علمی آلی است و جنبه مقدمی دارد در جایگاه خویش قرار می دهند، اما فقهای مکتب نجف به تبع مرحوم شیخ، خیلی بیشتر از قمی ها به اصول فقه و دامن زدن به مباحث اصولی علاقه نشان می دهند. به همین دلیل، تفریعات بسیار زیاد، مباحث خسته کننده و مسائل زائدی که منجر به پدیده ای به نام تورم علم اصول شده است در میان بزرگان مکتب نجف بسیار مشهود است و در میان علمای مکتب قم کمتر به چشم می خورد. کسی که کتاب های درر الفوائد شیخ عبد الکریم حائری، تقریرات درس آیت الله بروجردی، تهذیب الاصول، انوار الهدایه، مناهج الوصول إلى علم الاصول تقریرات درس حضرت امام را با آثاری نظیر فوائد الاصول و اجود التقريرات آیت الله نائینی، بحوث فی الاصول و نهایة الدراية محقق اصفهانی و بدائع الافکار میرزای رشتی مقایسه کند، متوجه فاصله اصول نجف با قم خواهد شد.

یکی از شاگردان مرحوم آیت الله بروجردی در باره روش اجتهادی ایشان می گوید:

در علم اصول یقیناً کمتر از معاصرین خود نبود. حاشیه ایشان بر کفایه، از حواشی محققانه کفایه است. با این حال، فقه را مبتنی بر اصول نمی دانست. می توانست تمام فقه را بدون نیاز به اصول، بحث و مطرح

کند. ۵۸

۵۸. چشم و چراغ مرجعیت، ص ۶۶ و ۶۷، مصاحبه با آیت الله سید مصطفی خوانساری.

نکته پایانی: لزوم رجوع به فقه و کاستن از تب اصول

همان طور که ملاحظه شد با ظهور شیخ انصاری و انتشار افکار اصولی و موشکافی های شگفت آور و ابتکاری او، توجه بسیاری از حوزویان و اهل علم بیشتر به دانش اصول و تعمق در مباحث آن معطوف شد؛ بی آنکه به رسالت این علم و مقدمیت آن برای فقه توجهی بشود. به همین دلیل پس از مرحوم شیخ، تفکر اصولی با چهره های برجسته ای مانند مرحوم میرزای رشتی، آقا ضیاء عراقی، مرحوم نائینی، محقق اصفهانی و ... به ظهور پیوست و تورم شگفت آوری دامان علم اصول را گرفت. این دقت های بی نتیجه و نازک اندیشی های نوعاً بی ثمر اصولی، جای بحث های زنده، پویا، عینی و عملی فقه را گرفته است.

نتیجه

از مباحث گذشته روشن شد که گرچه شباهت هایی میان روش اجتهادی شیخ انصاری و وحید بهبهانی وجود دارد و در مواردی مرحوم شیخ برای نخستین بار، نوآوری های مرحوم وحید در اصول را بسط و گسترش داد، اما تفاوت های فراوانی میان شیوه علمی این دو بزرگوار وجود دارد که با التفات به آنها هرگز نمی توان مدعی شد که شیخ انصاری، افکار وحید بهبهانی را تثبیت و حرکت او را تکمیل کرد؛ بلکه باید گفت بر اساس ملاک هایی که مرحوم وحید برای اجتهاد بیان می کند، روش مرحوم شیخ در عرض آن قرار دارد.

۱. آقا جمال خوانساری، محمد بن حسین، شرح آقا جمال خوانساری بر غرر الحکم و درر الکلم، تهران، چاپ چهارم، ۱۳۶۶ هـ. ش.
۲. آل فقیه عاملی، ناجی طالب، دروس فی علم الأصول (شرح الحلقة الثالثة)، بیروت، چاپ اول، ۱۴۲۱ هـ. ق.
۳. آملی، میرزا هاشم، مجمع الافکار و مطرح الانظار- قم، چاپ اول، ۱۳۹۵ هـ. ق.
۴. ابن شهید ثانی، حسن بن زین الدین، معالم الدین و ملاذ المجتهدین، قم، چاپ نهم.
۵. امام خمینی، سید روح الله، مناهج الوصول إلى علم الأصول، قم، چاپ اول، ۱۴۱۵ هـ. ق.
۶. انصاری، مرتضی بن محمد امین، فرائد الأصول، قم، مجمع الفکر الاسلامی، چاپ پنجم، ۱۴۱۶ هـ. ق.
۷. _____، احکام الخلل فی الصلاة، یک جلدی، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، قم، چاپ اول، ۱۴۱۳ هـ. ق.
۸. _____، کتاب المکاسب (ط - الحدیث)، ۶ جلدی، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، قم، چاپ اول، ۱۴۱۵ هـ. ق.
۹. _____، مطرح الانظار (طبع جدید)، قم، چاپ دوم، ۱۳۸۳ هـ. ش.
۱۰. حسنی، حمید رضا و مهدی علی پور، جایگاه شناسی علم اصول گامی به سوی تحول، دو جلدی، قم، چاپ اول، انتشارات مرکز مدیریت حوزه علمیه قم، ۱۳۸۵ هـ. ش

۵۹. کتابنامه مذکور براساس کتابنامه نرم افزارهای مرکز خدمات کامپیوتری علوم اسلامی است.

۱۱. حکیمی، محمدرضا و محمد حکیمی، علی حکیمی، الحیاة، ترجمه احمد آرام، تهران، چاپ اول، ۱۳۸۰ هـ. ش.
۱۲. خویی، سید ابوالقاسم، مصباح الاصول (مباحث الفاظ)، مكتبة الداوری، قم، چاپ اول، ۱۴۲۲ هـ. ق.
۱۳. طوسی، محمد بن الحسن، تهذیب الاحکام (تحقیق خراسان)، تهران، چاپ چهارم، ۱۴۰۷ هـ. ق.
۱۴. ———، العدة في أصول الفقه، قم، چاپ اول، ۱۴۱۷ هـ. ق.
۱۵. عابدی، احمد، «شیوه شیخ در فقاہت»، آینه پژوهش، ش ۲۷.
۱۶. علم الهدی، علی بن الحسین، الذریعة إلى أصول الشریعة، تهران، چاپ اول، ۱۳۷۶ هـ. ش.
۱۷. فاضل قایینی نجفی، علی، علم الاصول تاریخاً و تطوراً، قم، چاپ دوم، ۱۴۱۸ هـ. ق.
۱۸. کلینی، محمد بن یعقوب بن اسحاق، الکافی (ط - الإسلامية)، تهران، چاپ چهارم، ۱۴۰۷ هـ. ق.
۱۹. گرجی، ابوالقاسم، تاریخ فقه و فقها، تهران، چاپ سوم، ۱۴۲۱ هـ. ق.
۲۰. مجلسی، محمد باقر بن محمد تقی، بحار الأنوار، بیروت، چاپ دوم، ۱۴۰۳ هـ. ق.
۲۱. «مصاحبه با استاد شب زنده دار»، مجله کاوشی نو در فقه اسلامی، ش ۶۷، قم، چاپخانه دفتر تبلیغات اسلامی، بهار ۱۳۹۰ هـ. ش.
۲۲. مظفر، محمد رضا، أصول الفقه، طبع انتشارات اسلامی، قم، چاپ پنجم، ۱۴۳۰ هـ. ق.
۲۳. نائینی، محمد حسین، أجود التقریرات، قم، چاپ اول، ۱۳۵۲ هـ. ش.
۲۴. نوری، حسین بن محمد تقی، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، قم،

- چاپ اول، ۱۴۰۸ھ۔ ق.
۲۵. وحید بہبہانی، محمد باقر بن محمد اکمل، الاجتہاد و التقليد (الفوائد الحائریة)، یک جلدی، مجمع الفكر الإسلامی، قم، چاپ اول، ۱۴۱۵ھ۔ ق.
۲۶. ———، الحاشیة على مدارك الاحکام، ۳ جلدی، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، قم، چاپ اول، ۱۴۱۹ھ۔ ق.
۲۷. ———، الرسائل الاصولیة، قم، چاپ اول، ۱۴۱۶ھ۔ ق.
۲۸. ———، حاشیة مجمع الفائدة و البرهان، یک جلدی، مؤسسه العلامة المجدد الوحید البہبہانی، قم، چاپ اول، ۱۴۱۷ھ۔ ق.
۲۹. ———، مصابیح الظلام، ۱۱ جلدی، مؤسسه العلامة المجدد الوحید البہبہانی، قم، چاپ اول، ۱۴۲۴ھ۔ ق.
۳۰. ہاشمی شاهرودی، سید محمود، «مکتب فقہی اہل بیت (ع)»، فصلنامہ تخصصی فقہ اہل بیت، ش ۳۲، زمستان ۱۳۸۱ھ۔ ش.
۳۱. نرم افزار جامع احادیث شیعہ مرکز خدمات کامپیوتری نور.
۳۲. نرم افزار جامع اصول فقہ مرکز خدمات کامپیوتری نور.
۳۳. نرم افزار جامع فقہ مرکز خدمات کامپیوتری نور.

اهداف اجرای حدود و تعزیرات

در کلام فقها و سازوکار حل تلافی آن

○ علی غلامی*

○ حسین آقایی میدی**

چکیده

این مقاله درصدد تبیین تفاوت مجازات‌های حدی و تعزیری، از نظر اهداف مجازات است و در این راستا، بیان می‌کند که چگونه این اهداف را در تعیین نوع و کیفیت این مجازات‌ها در نظر می‌گیرند. پرسش اصلی این تحقیق، این است که اگر در مقام گنجاندن اهداف گوناگون در تعیین کیفیت مجازات، مانند بازدارندگی جمعی و فردی، سزادهی، اصلاح و بازپروری و غیره، جمع بین این اهداف به طور کامل ممکن نباشد و بین آنها تلافی رخ دهد و پیگیری برخی اهداف، منجر به چشم‌پوشی از دیگر اهداف گردد، تکلیف چیست؟ آنچه در این نوشتار به آن دست یافته‌ایم، این است که اهداف اصلی و فرعی و میانی در حدود و تعزیرات با هم یکسان نیست و سازوکار حل تلافی آنها

* استادیار دانشکده معارف اسلامی و حقوق دانشگاه امام صادق(ع).

** کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه امام صادق(ع).

نیز متفاوت خواهد بود. هدف اصلی در حدود، اجرای کامل و به موقع دستور شارع برای حفظ ارزش هایی است که در اجرای حد، دنبال می شود. تعیین اهداف فرعی و میانی نیز به طور کامل بر عهده شارع است و اجتهاد قاضی در این باب به طور مطلق ممنوع است. ولی هدف اصلی در تعزیرات، ریشه کن ساختن جرم از طریق بازدارندگی و ارباب فردی است و اهداف دیگر چون بازدارندگی جمعی و سزادهی، یا جایگاهی در تعیین نوع و کیفیت مجازات ندارند یا این که هدف فرعی هستند.

کلید واژگان: اهداف مجازات، حدود، تعزیرات، تلافی.

مقدمه

مجازات ها از دیدگاه اسلام در یک نگاه کلی به چهار دسته تقسیم می شوند: حدود، تعزیرات، قصاص، و دیات. با بررسی کلام فقها و روایات مستند فتوای ایشان، به این نتیجه می رسیم که اهداف اصلی مجازات ها در هر یک از این چهارگونه متفاوت است و شارع به دنبال تحقق کامل همه اهداف کلی مجازات ها در اجرای یک مجازات خاص نیست؛ به این معنا که با دستیابی به هدف خاص یک مجازات در هنگام اجرای آن، حتی اگر اهداف دیگر به طور کامل محقق نشوند و یا حتی از دست بروند، شارع نظر خود را تأمین شده می بیند و منتظر وقوع امر دیگری نخواهد ماند.

در بعضی موارد، اهداف اصلی دیگر مجازات ها، برای یک مجازات خاص، فرعی تلقی می شود و از حاکم انتظار می رود ضمن پیگیری هدف اصلی در اجرای آن مجازات، اهداف فرعی را نیز در حد ممکن در نظر گیرد. ثمره این بحث و تفکیک نیز در جایی ظاهر می شود که در مقام تعیین نوع و میزان مجازات برای مجرم، امکان تلافی بین اهداف اصلی و فرعی باشد. حل تلافی در این موارد، فقط با سازوکار خاصی امکان پذیر است که در متن این نوشتار به آن خواهیم پرداخت.

نکته دیگر آنکه در بحث اجرای مجازات‌ها باید بین اهداف و آثار مجازات، تفاوت قائل شد؛ توضیح آن که صرف نظر از اینکه اجرای مجازات برای رسیدن به چه هدفی صورت گرفته، آثاری را خواسته یا ناخواسته به دنبال خواهد داشت؛ برای مثال، اگر در اجرای مجازاتی خاص، هدف اصلی سزادهی مجرم باشد، ممکن است در نتیجه آن، بازدارندگی جمعی نیز صورت گیرد؛ اما این اثر هیچ‌گاه به طور مستقل مورد نظر مجری مجازات نبوده است. ثمره این تفکیک نیز آن است که در مقام قانون‌گذاری در سطح کلان و یا تعیین مجازات برای مجرم خاص در سطح خرد، هیچ‌گاه پیگیری اثر مجازات و رسیدن به آن به طور مستقل مورد نظر نبوده و در نظر گرفته نخواهد شد. تفاوتی که بین آثار و اهداف فرعی مجازات‌ها در این مورد می‌توان ذکر کرد، همین نکته یعنی در نظر گرفتن یا نگرفتن آن در تعیین نوع و کیفیت مجازات است.

نکته بعدی که اشاره به آن ضروری است، این است که باید بین اهداف فرعی و اهداف آلی (میانی) در اجرای مجازات‌ها تفاوت گذارد؛ توضیح آنکه اهداف فرعی در مقام مقایسه با هدف اصلی یک مجازات، و به عبارت بهتر در عرض اهداف اصلی بررسی می‌شوند؛ در حالی که اهداف آلی، اهدافی هستند که برای رسیدن به اهداف اصلی در نظر گرفته می‌شوند و در طول اهداف اصلی قرار می‌گیرند.

نکته پایانی در این مقدمه، آن است که در کلام فقها و همچنین در روایات مستند آرای ایشان، اصلاح و بازپروری مجرم، هیچ‌گاه به عنوان هدف اصلی یا حتی فرعی برای هیچیک از مجازات‌های حدی و تعزیری ذکر نشده است. اصلاح مجرمان که در ادبیات دینی بیشتر در مفهوم توبه متجلی است، به عنوان یک قاعده حاکم بر مجازات‌آنها در نظر گرفته می‌شود؛ به این ترتیب که توبه فرد مجرم در بسیاری از موارد، باعث سقوط مجازات حدی و تعزیری از وی خواهد شد.

در این نوشتار برآنیم که با بررسی اهداف اصلی و فرعی مجازات‌ها و تفکیک آن از مقوله آثار در دو بخش حدود و تعزیرات، و نیز بیان سازوکار حل تلاقی اهداف ذکرشده در هر مورد، به دیدگاه جدیدی از این مبحث در کلام فقها دست یابیم.

۱. هدف اجرای حدود

حدود در لغت، جمع حد، و به معنای فاصل بین دو چیز است؛ به گونه‌ای که از اختلاط هریک از آن دو با دیگری جلوگیری شود و نهایت یک چیز را حد آن چیز گویند. همچنین به توصیفی از شیء که باعث تمییز آن از چیزهای دیگر شود، حد گویند.^۱

در کلام برخی فقها و در تعریف معنای لغوی حد، بیش از آنکه به معنای اصلی این واژه توجه شود، به اثر مستقیمی که از آن پدید می‌آید توجه شده است؛ یعنی حد را به معنای منع و جلوگیری کردن در نظر گرفته و با الهام از معنای لغوی این واژه، معنای شرعی آن را نیز در همین راستا تبیین کرده‌اند و آن را روش و وسیله‌ای دانسته‌اند که افراد را از ارتکاب فعل حرامی که موجب آن حد شود، باز می‌دارد.^۲

شاید بهتر بود فقها از اصل معنای لغوی این واژه دور نمی‌شدند و آن را به همان معنای حد فاصل بین دو یا چند چیز، و نهایت یک چیز می‌گرفتند؛ زیرا چنان‌که در ادامه توضیح خواهیم داد، از نظر شارع، هدف اصلی در اجرای حدود هیچگاه بازدارندگی نبوده و بازدارندگی، بیشتر یک اثر بسیار مهم تلقی می‌شود.

۱. ابن منظور، لسان العرب، ج ۳، ص ۱۴۰؛ راغب اصفهانی، مفردات الفاظ القرآن،

ص ۲۲۱، فراهیدی، کتاب العین، ج ۳، ص ۱۹۵.

۲. شهید ثانی، مسالک الافهام، ج ۱۴، ص ۳۲۵.

در صورت بازگشت به اصل معنای واژه حد و تبیین معنای شرعی بر مبنای آن، آنگاه باید حد شرعی را اینگونه تعریف کنیم: حد شرعی، مجازاتی است که چه از نظر نوع و کیفیت مجازات و چه از نظر راه‌های اثبات آن، از بقیه مجازات‌ها متمایز است و از این جهت نباید این نوع مجازات را با دیگر مجازات‌ها درآمیخت. همچنین حد شرعی، مجازاتی است که از نظر مؤلفه‌های یادشده نهایت یک مجازات است و هیچ‌گونه ملاحظات شخصی و اجتماعی در تعیین یا تغییر آن دخیل نیست. با در نظر داشتن این توضیح کوتاه در باب معنای لغوی واژه حد و ارتباط آن با معنای شرعی، به بررسی هدف از اجرای حدود در کلام فقها می‌پردازیم.

۱-۱ هدف اصلی: اجرای کامل و به موقع مجازات برای حفظ حدود الهی

از ویژگی‌های مجازات‌های حدی که در کلام فقها ذکر شده، نتیجه می‌گیریم که هدف اصلی از اجرای حدود، فقط همان اجرای کامل و به موقع مجازات برای هدف حفظ حدود الهی است. منظور از حدود الهی همان خطوط قرمز اخلاق و مرزهای ارزش‌های اخلاقی است که از نظر شارع با ارتکاب جرم مستوجب حد، این مرزها زیر پا گذاشته می‌شوند. در این زمینه، شارع با بیان تفصیلی شرایط ارتکاب و اثبات جرم حد، چگونگی تعدی از این حدود را شرح داده و روش صیانت از این حدود را صرفاً در اجرای کامل و به موقع آن دانسته و هرگونه اجتهاد قاضی در نحوه حفظ حدود و ارزش‌های الهی و تعیین نوع و کیفیت مجازات را ممنوع کرده است. به عبارت بهتر، شارع هم در تعیین حدود و هم در نحوه صیانت از آن، اجازه هیچ‌گونه اجتهادی را نداده و حفظ حدود را صرفاً از طریق خاصی که بیان شده است پذیرفته و از راه‌های دیگر غیر ممکن می‌داند. برای مثال، در جرم

زنای فرد محصن، می توان چنین تحلیل کرد که از نظر شارع، تعدی از آخرین مرزهای ارزش عفت و حیا، از طریق زنای فردی صورت می گیرد که با وجود همسر و در دسترس بودن صورت کامل او، به گونه ای اقدام به زنا می کند که امکان شهادت دادن چهار شاهد عادل و با ذکر جزئیات مفصل از عمل او وجود دارد و راه صیانت از این مرزها را نیز صرفاً همان راهی می داند که در شرع، تحت عنوان رجم و با ذکر جزئیات مفصل آمده است. ویژگی های مجازات حدی از قبیل نظرنگرفتن هیچ گونه ملاحظه شخصی و اجتماعی افراد در اجرای مجازات حدی، همچنین نوع و کیفیت این نوع مجازات و اصول خاص از قبیل جایز نبودن تأخیر در اجرای حدود، و منع تعطیلی حدود، بیانگر آن است که هدف شارع اجرای کامل و به موقع مجازات حد است. به همین دلیل، هرگاه حد در صورت جمع شرایط و نبودن موانع بر مرتکب آن ثابت شد، تأخیر از آن حتی برای لحظه ای جایز نیست. با این توضیحات، جز در موارد تصریح شارع، هیچ کدام از اهداف دیگر مجازات ها حتی به عنوان هدف فرعی نیز در تعیین نوع مجازات و کیفیت اجرای آن، در نظر گرفته نمی شود.

در برخی موارد، فقها با عبارت هایی چون «القصود من الجلد الزجر و الردع»^۳ «أن المقصود من الحد الردع» جنبه بازدارندگی حدود را برجسته، و آن را هدف بیان کرده اند.^۴ اما به دو علت می توان نتیجه گرفت که واژه های قصد و مقصود در کلام فقها، از سر مسامحه به کار رفته است. دلیل اول، آن است که در بسیاری از مواردی که فقها زجر و ردع را هدف مجازات ذکر کرده اند، در مقام مقایسه با دیگر اهداف یا آثار احتمالی بوده اند. برای مثال، در باره جایز بودن یا نبودن تازیانه زدن

۳. طوسی، المبسوط، ج ۸، ص ۱۷.

۴. شهید ثانی، الروضة البهية، ج ۱۱، ص ۲۷۳؛ حسینی عاملی، مفتاح الکرامة، ج ۶، ص ۱۲۴؛ نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۵، ص ۳۲۷.

بر مناطق حساس بدن مانند وجه و رأس و فرج در هنگام اجرای حد جلد، فقها در نهایت به این نتیجه می‌رسند که به علت احتمال اتلاف مجرم، زدن تازیانه بر جاهای حساس بدن وی جایز نیست؛ زیرا هدف از اجرای حد، بازدارندگی است نه اتلاف مجرم.^۵

دلیل دوم، آن است که بسیاری از فقها به صراحت، در مقام حل تلاقی بین اهداف مجازات حدی که در فتوای ایشان اثر گذار بوده است، در فتوای خود، بازدارندگی را هدف اصلی در تعیین مجازات در نظر نگرفته‌اند. برای مثال، درباره جایز بودن یا نبودن اقامه حد جلد بر مجنون، در صورتی که در حالت افاقه، مرتکب جرم مستوجب حد شده باشد، دو وجه از قول بسیاری از فقها ذکر شده است: ۱. به تأخیر انداختن اجرای حد تا افاقه مجنون برای تأمین هدف بازدارندگی؛ ۲. اجرای حد در زمان جنون به دلیل اطلاق روایات وارد شده در این باب. در نهایت، فقها قول دوم را نیکوتر و قوی‌تر دانسته‌اند.^۶

۲-۱. اهداف فرعی مجازات حدی

در برخی مجازات‌های حدی، شارع کیفیت اجرای مجازات را به گونه‌ای تعیین کرده که نشان می‌دهد علاوه بر هدف اصلی که همان اجرای کامل و به موقع حدود است، اهداف فرعی دیگری نیز در نظر داشته است. البته چنان که گفتیم، اهداف فرعی در اجرای مجازات حدی را فقط شارع باید مشخص کند و حاکم، مجاز به این کار نیست. نکته مهم در این قسمت، آن است که با وجود جمع شرایط که همان تصریح شارع به هدف فرعی و نبودن مانع در جمع هدف اصلی و فرعی است، جایز نیست حاکم درباره لحاظ کردن هدف فرعی در نوع و کیفیت مجازات مسامحه کند.

۵. علامه حلی، مختلف الشیعة، ج ۹، ص ۱۷.

۶. شهید ثانی، مسالک الافهام، ج ۱۴، ص ۳۸۰، نجفی، جواهر الکلام، ج ۴۱، ص ۳۴۲.

۱-۲-۱. بازدارندگی جمعی

در برخی مجازات‌ها از قبیل رجم، جلد و غیره... به استحباب حضور عده‌ای از مؤمنین در هنگام اجرای مجازات اشاره شده است که می‌توان به وجود هدف فرعی بازدارندگی جمعی در اجرای این گونه مجازات‌ها پی برد.^۷

توجه برخی فقها به هدف بازدارندگی جمعی در توجیه برخی احکام، این مطلب را به ذهن متبادر می‌سازد که ایشان بازدارندگی جمعی را هدف اصلی در نظر گرفته‌اند؛ توضیح آنکه اجرای حدود، منوط به جمع شرایط و نبودن موانع آن است؛ برای مثال، بر فرد مریض تا زمان بهبودی، حد جلد اجرا نمی‌شود؛ زیرا مقصود، اجرای حد بر او بدون به خطر افتادن جان وی است.^۸ اما اگر مصلحت اقتضا کند، می‌توان در زمان بیماری، حد را به شکل خفیف‌تری بر وی اجرا کرد. آن فقها ملاک چنین مصلحتی را انزجار دیگران از ارتکاب عمل مستوجب حد بیان کرده‌اند.^۹ در تحلیل و نقد آرای این فقها باید گفت آنچه ایشان ملاک مصلحت برای تأخیر نکردن در اجرای حد، بر بیمار بیان کرده‌اند، صرفاً استنباط فقهی ایشان و در حد بیان حکمت، و نه علت حکم است و در هیچ کدام از روایات مستند فتوای ایشان، انزجار غیر به طور منصوص به عنوان علت حکم بیان نشده است، در حالی که پیش‌تر این نکته را متذکر شدیم که در حدود برخلاف تعزیرات، استنباط، هیچ راهی در تعیین نوع و کیفیت حد و دیگر احکام مربوط به آن ندارد و این شارع است که باید به تفصیل، آنچه را در مورد حکم مسئله لازم می‌داند، بیان کند. بیان علت حکم نیز به تبع خود حکم، بر عهده شارع است. در مورد یادشده نیز شارع

۷. شهید ثانی، الروضة البهية، ج ۹، ص ۹۵.

۸. ابن ادریس حلی، السرائر، ج ۳، ص ۴۵۴؛ علامه حلی، تحریر الاحکام الشرعیه، ج ۵،

ص ۲۱؛ خوانساری، جامع المدارک، ج ۲، ص ۸۱.

۹. علامه حلی، تحریر الاحکام الشرعیه، ج ۵، ص ۱۲۵.

هیچ گونه بیان صریحی ندارد. نه تنها در متن روایات، انزجار دیگران، ملاك مصلحت برای تأخیر نینداختن در اجرای حد بر بیمار بیان نشده، خود واژه مصلحت با مفهوم کلی آن نیز در هیچ کدام از روایات به صراحت ذکر نشده است. فقها این مفهوم را برای رفع تعارض بین دو دسته روایات، مبنی بر لزوم تأخیر اجرای حد بر بیمار تا زمان بهبودی^{۱۰} و لزوم اجرای حد بر وی به شکل خفیف تر^{۱۱} بیان کرده اند؛^{۱۲} به این ترتیب که روایات دسته اول، بر اجرا نکردن حد در صورت نبودن مصلحت انزجار غیر، و روایات دسته دوم بر اجرای حد بر بیمار در صورت وجود چنین مصلحتی دلالت دارد. حال اگر چنین رفع تعارضی بین این روایات را از فقها بپذیریم، باید بگوییم چنانچه مصلحتی هم در اجرای بدون تأخیر حد بر بیمار وجود داشته باشد، آن را باید به گونه ای تبیین کرد که با جهت گیری اصلی شارع در مورد فلسفه مجازات حدی، هماهنگ باشد. طبق توضیحات گذشته درباره هدف اصلی از اجرای حدود، باید گفت چون در جرایم مستوجب حد، آخرین مرزهای اخلاق و حدود الهی زیر پا گذاشته شده و اجرای کامل و به موقع حدود، به نوعی صیانت همین مرزهاست، مصلحت تأخیر داشتن یا نداشتن اجرای حد نیز با همین ملاك است.

۲-۲-۱. بقاء نتیجه مجازات

در یکی از فروع مجازات قطع ید در حد سرقت، اختلاف نظری بین برخی فقهای متأخر وجود دارد مبنی بر اینکه در صورت قطع ید مجرم، آیا وی مجاز به پیوند مجدد آن هست یا نه، دسته ای از فقها، بقای نتیجه مجازات قطع ید را برای

۱۰. طوسی، تهذیب الاحکام، ج ۱۰، ص ۳۳.

۱۱. همان.

۱۲. همان.

ارعاب دیگران ضروری دانسته و از این رو، چنین پیوندی را جایز نشمرده‌اند^{۱۳}. در مقابل، برخی فقها هدف بازدارندگی جمعی را در چنین مجازاتی نمی‌پذیرند و به جواز چنین پیوندی حکم می‌دهند.^{۱۴} طبق نظر اول، باقی بودن نتیجه مجازات قطع ید، هدف فرعی در این مجازات است؛ چرا که در کنار پیگیری هدف اصلی که همان اجرای کامل و به موقع حدود است، هدف فرعی دیگری با عنوان بازدارندگی جمعی نیز دنبال می‌شود که لازمه آن، جایز نبودن چنین پیوندی برای مجرم است. به عبارت دیگر، باقی ماندن دست مجرم به صورت قطع شده، بخشی از مجازات وی است که با هدف بازدارندگی جمعی دنبال می‌شود. این در صورتی است که عنوان حد، هم مفهوم قطع شدن و هم مفهوم مقطوع باقی ماندن دست سارق را هم زمان در بر گیرد؛ اما در صورتی که مقطوع باقی ماندن دست مجرم را مجازات جداگانه از اصل قطع به شمار آوریم، آنگاه عنوان حد بر مجازات دوم بار نشده و در نتیجه بر تحلیل ما در این مورد، مبنی بر باقی ماندن دست به صورت قطع شده به عنوان هدف فرعی برای مجازات حدی، خدشه وارد خواهد بود؛ زیرا چنان که در مقدمه توضیح داده شد، هدف فرعی در کنار هدف اصلی برای تعیین نوع و کیفیت یک مجازات در نظر گرفته می‌شود؛ در حالی که در اینجا با دو مجازات مستقل مواجه هستیم. در هر حال، تحلیل نهایی ما در این مورد، به گونه‌ای است که پذیرش هر یک از این دو دیدگاه، تأثیر چندانی در نتیجه بحث نخواهد گذاشت که به دلیل جلوگیری از تکرار مباحث، این موضوع را به بند تعذیب مجرم در بخش اهداف آلی، موکول می‌کنیم.

۱۳. مکارم شیرازی، استفتائات جدید، ج ۳، ص ۳۷۸.

۱۴. با بررسی کلام فقهای معاصر فتوایی مبنی بر حکم به چنین جوازی نیافتیم و قول ذکر شده تنها در حد یک وجه و احتمال است.

۱-۳. اهداف آلی و میانی در حدود

اهداف آلی و میانی، اهدافی هستند که در راستای رسیدن به اهداف اصلی در نظر گرفته می شوند؛ توضیح آنکه شارع در مجازات حدی و قاضی در مجازات تعزیری، رسیدن به اهداف اصلی را از طریق تحصیل اهداف آلی (میانی) دنبال می کنند و اگر هدف آلی به طور کامل تحقق نیابد، هدف اصلی نیز محقق نخواهد شد.

۱-۳-۱. اتلاف مجرم

در کلام برخی فقها از «اتلاف مجرم» به عنوان هدف در برخی از مجازات های حدی یاد شده است. منظور ایشان از تعبیر «اتلاف» به عنوان هدف، در مجازات هایی که از بین رفتن و کشته شدن مجرم، حد تلقی می شود، این است که اتلاف مجرم در حقیقت، راه و وسیله ای برای رسیدن به مقصود شارع است. البته در این موارد، چون اتلاف مجرم تنها راه رسیدن به مقصود شارع است، شاید به کار بردن این تعبیر زاید به نظر آید؛ اما برخی موارد از جمله مورد ذیل، نشان می دهد که این تعبیر بنا بر ضرورت وضع شده است.

در یکی از فروع فقهی، اینگونه بحث شده است که اگر بر مجرمی حد جلد و رجم هم زمان ثابت شود، حاکم ناگزیر از اجرای هر دو حد بر وی خواهد بود و ابتدا باید حدی را اجرا کند که در صورت اجرای آن، حد دیگر فوت نشود.^{۱۵} در این فرض طبق ضابطه ذکر شده، حاکم ابتدا باید مجازات جلد را اجرا کند. پرسش اصلی که در اینجا مطرح می شود، این است که آیا حاکم باید بین اجرای مجازات

۱۵. شهید ثانی، مسالک الافهام، ج ۱۴، ص ۳۸۲؛ مقدس اردبیلی، مجمع الفائدة، ج ۱۳، ص ۶۰؛ فاضل اصفهانی، کشف اللثام والإبهام، ج ۱۰، ص ۴۶.

جلد و رجم فاصله بیندازد یا اینکه بلافاصله پس از اجرای حد جلد، رجم را نیز اجرا کند. آن دسته از فقها که فاصله بین دو مجازات را لازم دانسته اند، چنین استدلال کرده اند که در صورت فاصله بین مجازات جلد و رجم و بهبودی زخم های بدن مجرم، هدف تعذیب و زجر مجرم بیشتر تأمین می شود.^{۱۶} آنها متذکر شده اند که هیچ کدام از اهداف اتلاف و تعذیب، به صورت صرف مورد نظر شارع نبوده، هر کدام بخشی از غرض شارع در چنین مواردی هستند.^{۱۷} در مقابل، فقهایی که فاصله بین اجرای دو حد را جایز نمی دانند، هدف مجازات را در این مورد، صرف اتلاف مجرم ذکر کرده اند.^{۱۸} به نظر می رسد که فقهای دسته اول، زجر و تعذیب مجرم را هدف فرعی در نظر گرفته اند که حاکم باید در مقام جمع بین دو مجازات جلد، در کنار هدف اصلی که همان اجرای کامل و به موقع حدود است، بگنجاند. در مقابل، فقهای دسته دوم چون تنها به هدف اصلی نظر داشته اند که همان اجرای کامل و به موقع حد است، و اجرای مجازات حد رجم بر چنین مجرمی اقتضایی بیش از اتلاف وی را ندارد، در عمل، تعذیب و زجر مجرم را هدف ندانسته اند. در مقام قضاوت بین دو حکم و با توجه به ضوابط مطرح شده، می توان گفت: اولاً باید بررسی کرد که آیا در لسان احادیث، تعذیب، به طور صریح یا ضمنی، یکی از اهداف فرعی در اجرای برخی مجازات های حدی

۱۶. شیخ طوسی و مفید تا بهبودی پوست قائل به وجوب تأخیر هستند به جهت تأکید در زجر.

۱۷. شیخ مفید، المقننه، ص ۷۷۵؛ طوسی، النهایة، ص ۶۹۹؛ ابو الصلاح حلبی، الکافی فی الفقه، ص ۴۰۵؛ قاضی ابن برآج طرابلسی، المذهب، ج ۲، ص ۵۲۷؛ ابن زهره حلبی، غنیة النزوع، ص ۴۲۴؛ کیدری، اصباح الشیعة، ص ۵۱۵.

۱۸. فالواجب من ذلک ما يحصل معه الجمع، ولا یجب التأخیر زیادة علیه، للأصل، ولأنه لا تأخیر فی حد ولما روی أنّ علیاً(ع) جلد المرأة یوم الخمیس ورجمها یوم الجمعة ولأن القصد الاتلاف، فلا وجه للتأخیر: مسالک الافهام، ج ۱۴، ص ۳۸۳.

مطرح شده است یا خیر؟ زیرا همان گونه که توضیح داده شد، در اجرای حدود، تمام جزئیات مجازات حدی، از کیفیت اجرای مجازات تا راه های اثبات آن، همچنین شرایط و موانع اجرا، به تفصیل در روایات ذکر شده و در این موارد هیچگونه ملاحظه شخصی و اجتماعی نباید از سوی شخص حاکم صورت بگیرد. بر این اساس، در این مورد نیز در نظر گرفتن هدف تعذیب در اجرای حد رجم بعد از مجازات جلد که به طور طبیعی در کیفیت اجرا اثرگذار است، بدون تصریح شارع، خارج از اصول کلی مجازات های حدی است. برخی از فقها چون شهید ثانی نیز این نکته را به درستی یادآوری کرده اند که اثبات چنین حکمی به این دلیل که مخالف اصول تلقی می شود، نیازمند دلیلی صالح است و توجیهات فقها به تنهایی برای اثبات این حکم کافی نیست^{۱۹}.

ثانیاً حتی اگر تعذیب را هدف فرعی در اجرای چنین مجازاتی بدانیم، با توجه به مطالب مطرح شده در مقدمه، باید متوجه این نکته بود که در نظر گرفتن هدف فرعی، هیچ گاه نباید موجب از دست رفتن هدف اصلی یا ایجاد خدشه در آن گردد. در این فرض، باید دید آیا تأمین هدف فرعی که مستلزم ایجاد فاصله بین دو مجازات است، با هدف اصلی که لازمه آن اجرای به موقع حدود، بدون هیچ گونه تأخیری است، امکان پذیر است؟

نکته دیگری که در این قسمت می توان به آن اشاره کرد، این است که با توجه به کیفیت اجرای حدود، به ویژه در جایی که چند حد بر مجرم ثابت می شود و حاکم پس از اثبات آن حدود، ناگزیر به اجرای بدون مسامحه تمام آنهاست، چنین به ذهن متبادر می شود که در اجرای حدود، هدف سزادهی محض نیز به طور ضمنی در شرع پذیرفته شده است؛ زیرا در جایی که شارع، به سبب حد اشد،

۱۹. شهید ثانی، مسالک الافهام، ج ۱۴، ص ۳۸۳.

هدف اتلاف مجرم را دنبال می‌کند، چه دلیل دیگری جز هدف سزادهی، برای اعمال حد اخف وجود دارد؟ در کلام برخی فقها، اثبات شرعی حدود به عنوان سبب، لزوم اجرای آن را اقتضا می‌کند و حتی توبه مجرم نیز نمی‌تواند آن را ساقط کند.^{۲۰} به عبارت بهتر، وقتی به سبب اقامه بینه، حد ثابت گردید، اجرای آن به عنوان تحصیل حق واجب الهی^{۲۱} لازم می‌شود و سقوط آن نیازمند دلیل است. در مورد اجتماع حدود نیز همین قاعده جاری است و سرپیچی از آن، حتی در مواردی که اعمال حد اخف بر مجرم، بی‌فایده به نظر می‌رسد، جایز نیست. در حدود به دلیل ماهیت تعبدی آن و تکلیف فقیه به فهم دقیق دستور شارع و سپس اجرای کامل آن، فقها به فلسفه این دستورها توجه نکرده و اجتهاد در این موارد را که خطر قیاس را به همراه دارد، ممنوع دانسته‌اند. فقها در حدود نیز مانند دیگر احکام تعبدی، تنها بیان صریح شارع را حجت شرعی دانسته و چون در این مورد، بیان صریحی از شارع ذکر نشده، به بحث در مورد آن پرداخته‌اند. این نکته نیز یادآوری می‌شود که فلسفه مجازات اخف پیش از اشد (قتل مجرم)، خواه سزادهی محض و خواه ارباب بیشتر دیگران باشد، بدون تردید، هدف اصلی شارع در حدود (اجرای کامل و به موقع برای حفظ حدود الهی) را بیشتر تأمین می‌کند.

۱-۳-۲. تعذیب مجرم

اختلاف نظر برخی از فقهای کنونی درباره جواز یا عدم جواز بی‌حس کردن دست مجرم قبل از قطع، با عنوان تعذیب مرتبط است؛ به این معنا که آن دسته از

۲۰. همان، ص ۵۲۴.

۲۱. همان، ص ۳۸۲.

فقهایی که لزوم تعذیب مجرم را یک هدف می دانند، بی حس کردن دست را قبل از قطع آن جایز نشمرده اند و به تعذیب به عنوان هدف آلی و میانی در این مجازات نگریسته اند؛ به این ترتیب که قطع دست فقط باید از طریق تعذیب وی انجام شود.^{۲۲} در مقابل، کسانی که به تعذیب، به عنوان هدف میانی در مجازات قطع دست قائل نبوده اند، بی حس کردن دست قبل از قطع آن را جایز شمرده اند. در دیگر مجازات های حدی چون جلد نیز، مانند قطع دست، تعذیب مجرم، هدف آلی (میانی) در نظر گرفته می شود؛ ولی تفاوتی که می توان بین جلد و قطع دست در تحلیل درباره عنوان هدف آلی (میانی) و اجرای کامل و به موقع حدود به عنوان هدف اصلی ذکر کرد، این است که در جلد اگر از تعذیب مجرم به عنوان هدف میانی صرف نظر شود، مفهوم مجازات محقق نخواهد شد و به عبارتی مجازات انجام نخواهد شد؛ لیکن در قطع دست اگر از تعذیب مجرم به عنوان هدف میانی چشم پوشی کنیم، می توان به نمایان شدن نتیجه مجازات به عنوان هدف فرعی قائل شد تا اینکه مجازات در مفهوم، منتفی باقی نماند.

با در نظر گرفتن جواز یا عدم جواز بی حس کردن دست قبل از قطع، و جواز یا عدم جواز پیوند دست قطع شده پس از آن، همچنین قائل شدن به جمع قطع دست و مقطوع باقی ماندن آن تحت عنوان حد و مجازات واحد یا در نظر گرفتن هر یک از دو مورد به عنوان مجازات مستقل، هشت حالت می توان تصور کرد: ۱ و ۲. جواز بی حس کردن دست قبل از قطع آن و جواز پیوند دست بعد از قطع؛ ۳ و ۴. جایز نبودن بی حس کردن و پیوند دست، قبل و بعد از آن؛ ۵ و ۶. جواز بی حس کردن دست قبل از قطع آن و جایز نبودن پیوند بعد از قطع؛ ۷ و ۸. جایز نبودن بی حس کردن دست قبل از قطع، و جواز پیوند دست بعد از آن. در هر یک از این موارد،

۲۲. هاشمی شاهرودی، بایسته های فقه جزا، ص ۳۳۸.

می توان به اتحاد یا عدم اتحاد عنوان مجازات قطع و باقی ماندن دست به صورت قطع شده، قائل شد. در فرض اول، تردیدی وجود ندارد که حکم به جواز صحیح نخواهد بود؛ زیرا علاوه بر برآورده نشدن هدف شارع مبنی بر حفظ حدود، عنوان مجازات نیز تحقق نخواهد یافت. در این فرض، تفاوتی بین پذیرفتن یا نپذیرفتن اتحاد مجازات قطع و باقی ماندن دست به صورت قطع شده وجود ندارد؛ زیرا در هر حال هیچ مجازاتی صورت نگرفته است.

در مورد حکم به بی حس کردن دست قبل از قطع، برخی فقها علاوه بر واژه نکال در آیه ۳۸ سوره مائده^{۲۳} که بر مفهوم تعذیب و آزردن سارق دلالت دارد، به ظهور آیه شریف و قرینه عقلی ارتکازی بر انصراف ذهن از واژه قطع به لزوم درد کشیدن سارق استناد و تأکید کرده اند حتی اگر در آیات شریفه تعبیری چون عذاب و نکال که بر آزار مجرم دلالت دارند وجود نداشت، قرینه نوعی و فهم ارتکازی از واژه هایی چون جلد و قطع و ضرب، بر چنین مطلبی دلالت داشت.^{۲۴} ضمن اینکه اگر به اتحاد نداشتن مجازات قطع و باقی ماندن دست به صورت قطع شده قائل باشیم، چاره ای جز پذیرش این نظر نداریم؛ زیرا در این فرض اگر در اجرای مجازات قطع، به جواز بی حس کردن دست حکم دهیم، به طور کلی مفهوم مجازات محقق نشده است؛ به علاوه نمی توان برای تحقق عنوان مجازات بر سارق، به جایز نبودن پیوند دست حکم دهیم؛ زیرا در این فرض، مجازات مقطوع باقی ماندن دست، مجازات جداگانه ای فرض شده است که باید حکم

۲۳. والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما جزاء بما كسبنا نكالا من الله و الله عزيز حكيم.

۲۴. هاشمی شاهرودی، بایسته های فقه جزا، ص ۳۳۸. البته ایشان جواز یا عدم جواز بی حس کردن اعضا هنگام اجرای حد را به طور کلی مطرح کرده و به بحث در مورد قطع ید و جواز این حکم در مورد آن به صورت خاص نپرداخته اند.

خاص آن را نیز جداگانه بررسی کرد. اما در صورتی که این ادله مبنی بر جایز نبودن بی حس کردن دست قبل از قطع را بپذیریم، آنگاه پذیرفتن یا نپذیرفتن اتحاد دو مجازات، تفاوتی در حکم مسئله نخواهد کرد؛ زیرا چه بپذیریم قطع کردن دست و مقطوع باقی ماندن آن هر دو تحت عنوان حد مطرح می شوند، و چه فقط قطع را حد در نظر بگیریم، ادله یاد شده به جایز نبودن بی حس کردن دست دلالت کامل دارد.

اما در مورد جایز بودن یا نبودن پیوند دست پس از قطع، جز برخی استفتائات، فتوای خاصی در این باب مطرح نشده است و آنچه در مورد حکم پیوند عضو قطع شده مطرح گردیده، مربوط به باب قصاص است و به موضوع این نوشتار ارتباطی ندارد. فتوای فقها در باب جواز یا عدم جواز پیوند عضو قطع شده در باب قصاص را نمی توان جواز یا عدم جواز پیوند دست قطع شده سارق در باب حدود، دانست. تحلیل ما درباره این مسئله، این است که حکم به جواز و عدم جواز پیوند دست بعد از قطع، به پذیرفتن یا نپذیرفتن اتحاد یا عدم اتحاد قطع دست و قطع باقی ماندن آن با عنوان حد قطع ید بستگی دارد. در صورت پذیرش اتحاد دو مجازات تحت عنوان حد، نتیجه مجازات به عنوان هدف فرعی، در کنار هدف اصلی (همان اجرای کامل و به موقع حد برای حفظ حدود) مطرح است و باید دید که آیا جواز یا عدم جواز پیوند دست، به تحقق کامل و به موقع حدود برای حفظ حدود الهی به عنوان هدف اصلی کمک خواهد کرد یا اینکه موجب ایجاد خدشه در تحقق این هدف می شود؟ در صورت اعتقاد به اتحاد نداشتن دو مجازات، ظاهراً باید برای جایز نبودن پیوند دست، حکم صریحی بیابیم؛ در غیر این صورت، هیچ دلیلی بر منع سارق از پیوند دستش نداریم؛ زیرا اجرای حد، با قطع ید سارق تمام شده و آنچه از این پس اتفاق

می افتد، هیچ ارتباطی به اجرای حد و تحقق دستور شارع ندارد.

قطع ید و مقطوع باقی ماندن آن، هر دو تحت عنوان حد مطرح می شوند و دو مجازات جداگانه به شمار نمی روند؛ زیرا آنچه در عمل اتفاق می افتد، بیش از یک عمل، یعنی اجرای قطع ید نیست و قطع باقی ماندن دست را نمی توان مجازات مستقل در نظر گرفت؛ بلکه تلاش برای حفظ آثار عمل قطع، در راستای تأمین کامل تر هدف اصلی حد سرقت است؛ زیرا وقتی شارع به انجام فعلی دستور می دهد، تلویحاً به لوازم و حفظ آثار آن نیز که برای رسیدن به اهداف آن ضروری است، فرمان می دهد. در این مورد نیز وقتی شارع برای حفظ حدود الهی، به قطع دست سارق برای حفظ حدود الهی امر می کند، مطمئناً به جواز عملی حکم نخواهد داد که برخلاف هدف وی در اجرای حد باشد. حکم به جواز پیوند دست قطع شده، با مقصود شارع برای حفظ ارزش هایی که سرقت، آنها را خدشه دار کرده، در تعارض است؛ زیرا تثبیت ارزش ها برای حفظ قوام و بنیان های جامعه است و جنبه ای کاملاً اجتماعی دارد. حکم به جواز پیوند، جلوه اجتماعی این مجازات را کاملاً محو می سازد و اجرای صرف عمل قطع، به تنهایی، مقصود شارع را برآورده نمی کند. همچنین در این فرض، حتی اگر به اتحاد نداشتن دو مجازات قطع دست و قطع باقی ماندن آن قائل باشیم، چون جواز حکم به پیوند، به محقق نشدن هدف اصلی شارع در اجرای حد قطع منجر خواهد شد، حکم به چنین جوازی مشکل خواهد بود.

بدین ترتیب و با توجه به مطالبی که ذکر شد، حکم به جواز بی حس کردن دست قبل از قطع و پیوند آن پس از قطع، محل تردید جدی است.

۲. هدف در تعزیرات

تعزیر در لغت، از ریشه «عزر» به معنای رد کردن و منع کردن^{۲۵} و تعزیر نیز از همین ریشه به معنای تأدیب است^{۲۶} به مجازات دون الحد تعزیر گفته می‌شود؛ زیرا مانع جانی در ارتکاب مجدد فعل قبیح می‌گردد.^{۲۷} با عنایت به ریشه لغوی واژه تعزیر، در می‌یابیم که هدف اصلی در چنین مجازات‌هایی، بازدارندگی است. همچنین با دقت نظر در کلام فقها، به این نکته پی می‌بریم که ایشان در بیان اهداف مجازات‌ها، میان مجازات‌های حدی و مجازات‌های تعزیری، تفاوت قائل بوده‌اند. شاید اصلی‌ترین تفاوت مجازات‌های حدی و تعزیری که به کیفیت و تعیین نوع و میزان آن بر می‌گردد، به نوعی در تفاوت اهداف این مجازات‌ها ریشه داشته باشد. توضیح آن است که قاعده فقهی «التعزیر بما یراه الحاکم» که در کلام فقها و روایات بارها بدان اشاره شده است، بدین مطلب اشاره دارد که حاکم باید با در نظر گرفتن اهداف مقرر شده برای مجازات‌های تعزیری، مجازات‌ها را بر مجرمان به گونه‌ای اعمال کند که به بهترین نحو به آن اهداف دست یابد. اینکه درباره مجرمان گوناگون، چه نوع مجازات‌هایی را اعمال کند، بستگی کامل به نظر و تشخیص حاکم دارد؛ در حالی که اجتهاد حاکم در تعیین نوع و کیفیت مجازات‌های حدی، به طور مطلق ممنوع است. این تفاوت در اعمال تشخیص و اجتهاد، حاکی از آن است که شارع برای هر کدام از دو نوع مجازات‌های حدی و تعزیری، اهداف متفاوتی در نظر گرفته که در یکی، اعمال اجتهاد، باعث دور شدن از اهداف مجازات، و در دیگری موجب نزدیک شدن به اهداف مجازات می‌گردد.

۲۵. زبیدی واسطی، تاج العروس، ج ۷، ص ۲۱۳؛ ابن منظور، لسان العرب، ج ۴، ص ۵۶۲.

۲۶. ابن منظور، لسان العرب، ج ۴، ص ۵۶۲.

۲۷. زبیدی واسطی، تاج العروس، ج ۷، ص ۲۱۳.

۲-۱. هدف اصلی: ریشه کن کردن جرم

در کلام فقها عباراتی مانند «حسماً للمادة» و «حسماً للجرأة» به عنوان هدف در مجازات های تعزیری، فراوان مشاهده می شود.^{۲۸} از این تعبیر چنین استنباط می شود که جهت گیری اصلی فقها در تعیین نوع و کیفیت مجازات تعزیری، این است که پس از اجرای مجازات، فرد مجرم یا دیگران دوباره مرتکب آن جرم نشوند. به تعبیر بهتر، حاکم در تعیین نوع و میزان مجازات و اجرای آن، باید به گونه ای عمل کند که پس از اجرای مجازات، امکان ارتکاب مجدد آن جرم از بین برود یا حداقل کاهش یابد. با این توضیحات، اهدافی چون سزادهی محض، در نگرش فقهی جایگاهی نخواهد داشت.

۲-۱-۱. بازداشتن مجرم از تکرار جرم

با مطالعه کلام فقها این نکته بر ما روشن می شود که هدف اصلی در بیشتر مجازات های تعزیری، آن است که فرد بزهکار با تحمل مجازات، دوباره مرتکب آن جرم نگردد. به عبارت دیگر، از دیدگاه فقها، سیاست کیفری اسلام در تعیین نوع و کیفیت اجرای مجازات های تعزیری، سیاستی بزهکارمحور است. دلیل چنین سیاست کیفری ای در اسلام را می توان چنین تبیین کرد که هدف اصلی آفرینش انسان ها، رسیدن آنها به کمال مطلوبشان بوده است و تحقق چنین کمالی جز در بستر جامعه میسر نمی شود. انسان ها در روابط اجتماعی خویش به دنبال شکوفا کردن فضایل و ارزش های درونی خویش هستند. روابط پیچیده اجتماعی، وجود حکومت را برای تنظیم این روابط، ضروری می کند. از دیدگاه اسلام، حکومت علاوه بر تأمین امنیت و اصلاح امور دنیایی مردم، وظیفه تربیت

۲۸. شهید ثانی، مسالک الافهام، ج ۱۴، ص ۴۷۸؛ محقق حلی، المختصر النافع فی فقه الامامیه، ج ۲، ص ۲۹۱.

مردم و تعلیم ارزش‌ها به آنها را برعهده دارد^{۲۹}. حکومت اولاً وظیفه دارد آموزه‌های دینی را که دربردارنده ارزش‌های دینی و معارف الهی است، درست و کامل به مردم انتقال دهد و ثانیاً، بسترهای لازم برای به ثمر رسیدن و نهادینه شدن این ارزش‌ها را فراهم کند. با ایفای چنین وظیفه‌ای از سوی حکومت به صورت کامل و جامع و آماده شدن بستر لازم برای رشد و کمال افراد، آن‌گاه جرم‌پدیده‌ای استثنایی تلقی می‌شود و مجرم، فردی متمرّد و سرکش به شمار می‌رود که باید وی را مجازات کرد. در چنین جامعه‌ای، اصل بر این است که افراد هنجارهای اجتماعی را رعایت می‌کنند و به ارزش‌ها احترام می‌گذارند.

نکته‌ای که در این قسمت باید به آن اشاره کرد، این است که آنچه را ما در عمل، به صورت ناکارآمدی مجازات‌های نوعاً سنگین برای مجرمان و ارتکاب مجدد جرم مشاهده می‌کنیم، نباید به معنی ناکارآمدی سیاست کیفری اسلام در مقابله با جرایم و ریشه کن کردن آنها دانست. همان‌گونه که پیش‌تر نیز اشاره کردیم، مجازات در اسلام آخرین مرحله و حلقه نهایی و مکمل دیگر سیاست‌های اسلام برای ساختن جامعه مطلوب است. تعلیم و ارشاد جاهلان و تربیت آنها که وظیفه حکومت است امر به معروف و نهی از منکر که وظیفه آحاد مردم است، مراحل ابتدایی به شمار می‌روند که در صورت انجام نشدن صحیح و کامل آنها، ارزش‌ها در جامعه نهادینه نمی‌شوند. در نتیجه، توقع رعایت کردن ارزش‌های بی‌ثبات و مبهم از افراد، انتظاری به دور از واقع‌بینی است. لیکن در صورت تحقق کامل مراحل پیشین، می‌توان تحلیل کرد که فرد مجرم، صرفاً از سر تمرّد و طغیان، دست به نقض ارزش‌ها زده و باید وی را به وسیله مجازات، به رعایت ارزش‌ها وادار کرد. بدین ترتیب در تعیین میزان مجازات برای مرتکب، اهدافی

۲۹. نهج البلاغه، خطبه ۳۴، ص ۴۴: ایها الناس انّ لی علیکم حقاً ولکم علی حقّ فامّا حقکم علیّ فالنصیحة لکم و توفیر فیکم علیکم و تعلیمکم کیلا تجهلوا و تادیبکم کیما تعلموا.

چون ارباب جمعی، جایگاهی نخواهد داشت.

در نتیجه باید گفت که از نگاه فقهی، مجازات برای ملزم کردن مجرم به رعایت هنجارهای اجتماعی است؛ چه با میل و رغبت و چه از سر اکراه. رعایت هنجارهای اجتماعی از سوی مجرم با رغبت وی، همان توبه و اصلاح نام دارد و چنان که توضیح داده شد، بیشتر به عنوان یک قاعده حاکم در اجرای اصل مجازات بر مجرم کاربرد دارد؛ به این ترتیب که هرگاه در جریان اعمال مجازات یا پیش از اجرا، نشانه‌های توبه و اصلاح کامل در مجرم پدیدار گشت، به گونه‌ای که برای قاضی اطمینان حاصل شد که در صورت توقف یا ترك مجازات، وی مجدداً مرتکب جرم نمی‌گردد، مجازات از وی برداشته می‌شود. اجرای این قاعده، در حدود قطعی است و جز موارد خاص مانند توبه مجرم بعد از اقامه بیّنه، تقریباً در همه موارد، توبه مجرم باعث برداشته شدن حد از وی می‌شود. حتی در مواردی که نصی در مورد اسقاط حد خاصی به سبب توبه وارد نشده است، فقها با استناد به قاعده «التوبة إذا أسقطت تحتم أشد العقوبتين، فإسقاطها لتحتم الأضعف أولى»^{۳۰} اجرای مفاد این قاعده را در آنجا نیز جاری دانسته‌اند. بنابر همین قاعده می‌توان گفت که اگر توبه در حدود باعث برداشته شدن مجازات از مجرم می‌شود، به طریق اولی در تعزیرات نیز اینگونه است. در این موارد اگر پیش از اجرای مجازات چنین اصلاحی در مجرم دیده شد، مجازات اساساً بر وی اعمال نخواهد شد و در هنگام اجرا نیز هرگاه چنین اصلاحی از وی دیده شد، ادامه مجازات متفی خواهد بود. در تأیید این مطالب می‌توان به جهت‌گیری قانون‌گذار در لایحه جدید قانون مجازات اسلامی اشاره کرد؛ با این توضیح که در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ توبه به عنوان قاعده ساقط‌کننده مجازات، صرفاً در حدود پذیرفته شده بود و جز در موارد اندك، همچون همکاری با دول خارجی متخاصم در زمان

۳۰. شهید ثانی، مسالک الافهام، ج ۱۴، ذیل ص ۳۵۰.

جنگ و غیر جنگ (ماده ۵۰۸ و ۵۰۹) و اغوا و تحریک مردم به جنگ و کشتار به قصد برهم زدن امنیت کشور (ماده ۵۱۲)، در بخش تعزیرات اشاره ای به آن نشده بود که همین امر، انتقاد برخی حقوق دانان را به این موضوع برانگیخته بود.^{۳۱} اما در لایحه جدید، تعزیرات نیز در کنار حدود، مشمول قاعده توبه گشته و در بخش مواد عمومی (ماده ۱۱۴) به آن پرداخته شده است. لیکن در این لایحه نیز اعمال قاعده توبه به عنوان ساقط کننده مجازات تعزیری، با محدودیت هایی روبه روست که مهم ترین محدودیت، شدید نبودن جرم ارتكابی است و در جرایم شدیدتر، این قاعده باعث تخفیف مجازات خواهد بود. (ماده ۱۱۴ لایحه)

ملزم کردن مجرم به رعایت ارزش ها و هنجارها ممکن است همیشه با میل و رغبت وی همراه نباشد. در چنین مواردی باید با اعمال مجازات، وی را به رعایت هنجارها و ارزش ها وادار کرد. ملاک تعیین نوع و میزان مجازات نیز آن است که وی جرات ارتكاب دوباره آن جرم را پیدا نکند و از ترس تکرار مجازات، از ارتكاب جرم بپرهیزد.

۱-۱-۲. زجر و ردع مجرم

با توجه به رویکرد بزهکارمحوری در تعیین مجازات ها برای ریشه کن شدن جرم، دو واژه زجر و ردع و مشتقات آن در کلام فقها فراوان مشاهده می شود. ایشان میزان تعزیر را به اندازه ای لازم شمرده اند که مانع مجرم از ارتكاب مجدد جرم شود. حتی ملاک شدت در مجازات را نیز همین قاعده قرار داده اند.^{۳۲} برخی فقها اصل اجرای تعزیر را با همین ملاک تبیین کرده و گفته اند در صورتی که قرائن دلالت کند بر این که مجرمی بدون اجرای تعزیر، آن جرم را تکرار نخواهد کرد،

۳۱. میرمحمد صادقی، حسین، حقوق جزای اختصاصی (۳)، ص ۱۲۶.

۳۲. طوسی، النهایة فی مجرد الفقه و الفتاوی، ص ۷۰۶؛ طرابلسی (قاضی ابن برّاج)، المهذب، ج ۲، ص ۵۳۱.

اجرای تعزیر بر حاکم لازم نیست.^{۳۳} از سوی دیگر، در صورت چندین مرتبه تکرار جرم تعزیری و مجازات مجرم در هر مرتبه و از بین نرفتن جرأت وی بر ارتکاب، قتل مجرم برای حاکم جایز شمرده شده است؛^{۳۴} زیرا چنان که اشاره شد، هدف اصلی در مجازات تعزیری، از بین بردن ریشه جرم است و زجر و ردع مجرم، یکی از راه‌های اصلی رسیدن به این هدف است؛ اگر از این راه نتیجه حاصل نشد، باید با از بین بردن نفس مجرم، ریشه جرم را خشکاند. همچنین از فحوای کلام برخی فقها چنین بر می‌آید که حاکم باید به این نکته توجه کند که کدام یک از انواع تعزیرات، وی را بهتر به مقصود زجر و ردع مجرم و در نتیجه حسم جرم می‌رساند. بنابراین، اجرای تعزیری نامتناسب که وی را از هدف زجر و ردع دور می‌سازد، صحیح نیست. بررسی بیشتر قسمت اخیر را به مبحث اهداف آلی در مجازات‌های تعزیری، موکول می‌کنیم.

۲-۱-۲. اصلاح و توبه مجرم

بحث اصلاح و توبه مجرم به عنوان قاعده حاکم، در ساقط شدن مجازات تعزیری گذشت. اما اینکه آیا می‌توان اصلاح مجرم را هدف در مجازات دانست، بحثی است که فقها تاکنون به آن نپرداخته‌اند؛ به این معنا که حاکم نوع و کیفیت اجرای مجازات مجرم را به گونه‌ای تعیین کند که زمینه تنبه و بیداری وی فراهم شود و در نتیجه توبه کند. آنچه امروزه با هدف بازپروری مجرمان در طول مدت تحمل حبس، در قالب برنامه‌های تعلیمی-تربیتی یا اجرای مجازات‌های جایگزین حبس اعمال می‌شود، نمونه‌ای از لحاظ کردن هدف اصلاح در تعیین نوع و کیفیت مجازات است.

۳۳. طوسی، المبسوط فی فقه الامامیه، ج ۸، ص ۶۶؛ موسوی اردبیلی، فقه الحدود و التعزیرات، ج ۱، ص ۳۲۲.

۳۴. طوسی، النهایة فی مجرد الفقه والفتاوی، ص ۷۳۱؛ طرابلسی (قاضی ابن براج)، المذهب، ج ۲، ص ۵۵۲.

۲-۱-۲. بازداشتن دیگران از ارتکاب جرم

در بعضی از مجازات‌های تعزیری، از ظاهر کلام برخی فقها این گونه استنباط می‌شود که ملاک تعیین نوع خاصی از مجازات بر مجرم، صرفاً با هدف بازدارندگی جمعی بوده است؛ زیرا ایشان در کنار هدف بازدارندگی جمعی، بازدارندگی فردی را که مربوط به شخص مجرم است، ذکر نکرده‌اند. یکی از آن موارد شهره کردن شهودی است که به دروغ شهادت داده‌اند. هدف از این کار، صرفاً بازداشتن دیگران از ارتکاب چنین عملی در آینده ذکر شده است.^{۳۵} از دیگر افرادی که مجازات شهره کردن آن‌ها صرفاً با هدف بازدارندگی جمعی صورت می‌گیرد، کلاهبرداری هستند که با ترفندهای حيله گرانه سعی در گرفتن اموال مردم دارند.^{۳۶} از نظر برخی فقها حتی هدف از اعمال مجازات قتل در مواردی که مجازات تعزیری مکرر بر مجرم کارساز نیست و وی مفسد شناخته می‌شود، بازدارندگی جمعی است.^{۳۷} اما با توضیحاتی که در ادامه خواهیم داد، به این نتیجه می‌رسیم که در هیچ کدام از این موارد، هدف اصلی مجازات، صرف بازدارندگی جمعی نیست.

در مورد هدف مجازات تشهیر شاهد الزور و کلاهبردار، باید گفت اولاً هیچ‌گاه تشهیر تنها مجازات ممکن برای فرد مجرم در نظر گرفته نمی‌شود؛ بلکه در کنار و پس از اجرای تعزیر وی، به عنوان مجازات تکمیلی یا تبعی، در حق وی اعمال می‌گردد.^{۳۸} پس اگر گفته شود هدف اصلی از شهره کردن فرد

۳۵. طوسی، النهایة فی مجرد الفقه والفتاوی، ص ۳۳۶؛ ابن ادریس حلی، کتاب السرائر،

ج ۲، ص ۱۵۰؛ طوسی، المبسوط فی فقه الامامیه، ج ۲، ص ۶۶.

۳۶. طوسی، النهایة فی مجرد الفقه والفتاوی، ص ۷۲۱.

۳۷. علامه حلی، مختلف الشیعه، ج ۹، ص ۲۳۷.

۳۸. طوسی، النهایة فی مجرد الفقه والفتاوی، ص ۳۶.

کلاهبردار (محتال) و شاهد الزور، بازدارندگی جمعی است، به این معنا نیست که مجازات چنین افرادی صرفاً با این هدف صورت می‌گیرد. ثانیاً با توجه به اینکه قاعده «التعزیر بما یراه الحاکم» اصل کلی در اجرای مجازات‌های تعزیری است، تعیین نوع و کیفیت مجازات در تعزیرات، به طور کامل به نظر حاکم واگذار شده و وی باید با در نظر گرفتن اهداف مجازات‌ها در تعزیرات، مناسب‌ترین روش برای رسیدن به آنها را انتخاب کند. در موارد یاد شده نیز از یک طرف مرتکبان جرم کلاهبرداری (احتیال) و شهادت بالزور، مستوجب مجازات تعزیری هستند و از طرفی حاکم در تعیین مجازات آنها باید هدف اصلی را که همان ریشه کن شدن جرم است، تعقیب کند. بهترین روش برای ریشه کن کردن این دو جرم نیز طبق روایات وارد شده در این باب، روش تشهیر است و در مورد وجوب مجازات قتل بر فردی که مکرر مرتکب جرم تعزیری شده است نیز همان اصل کلی حاکم است. به این ترتیب چون هدف اصلی، ریشه کن کردن جرم است و در این مورد نیز ریشه جرم جز از طریق کشتن مجرم از بین نخواهد رفت.

۲-۲. اهداف فرعی

با بررسی کلام فقها مصداقی نیافتیم که هدفی به عنوان هدف فرعی، در کنار هدف اصلی، در تعیین نوع و کیفیت مجازات تعزیری معرفی شود؛ به این ترتیب که قاضی مکلف باشد در صورت امکان و حفظ هدف اصلی، هدف فرعی دیگری را نیز در تعیین مجازات بر مجرم در نظر بگیرد. اما با توضیحاتی که در بخش قبلی داده شد، بازدارندگی جمعی را می‌توان هدف فرعی در تعیین مجازات‌ها در نظر گرفت. فلسفه اینکه نمی‌توان بازدارندگی جمعی را هدف اصلی برشمرد، این است که اولاً در صورتی که تحمل مجازات خفیف، حالت

بازدارندگی یا تنبیه در مجرم به وجود آورد، شایسته نیست برای تأمین هدف بازدارندگی و ارباب جمعی، مجازاتی بیش از حد بر مجرم اعمال گردد. این نکته با اصل تناسب جرم و مجازات نیز ناسازگار است. ثانیاً چنان که پیش تر نیز اشاره شد، مجازات در اسلام، حلقه تکمیل کننده و نهایی در نظر گرفته می شود. پیش از مجازات، مرحله ارشاد و تربیت افراد وجود دارد که تا آن مراحل به طور کامل اجرا نگردد، اجرای مجازات، ما را به هدف اصلی که همان ریشه کن شدن جرم است، نمی رساند. افراد در جامعه باید از این حیث که افرادی تربیت شده و جامعه پذیر هستند، خود را ملزم به رعایت ارزش ها و هنجارها گردانند، نه به دلیل ترس از اجرای احتمالی مجازات بر آنان در صورت نقض ارزش ها و هنجارها. بدیهی است در صورت تلاقی هدف فرعی با هدف اصلی (ریشه کن کردن جرم از طریق زجر و ردع مجرم) در نظر گرفتن هدف فرعی در تعیین مجازات، وجهی نخواهد داشت.

۲-۳. اهداف آلی و میانی

چنان که بیان شد، آنچه به عنوان هدف اصلی در مجازات های تعزیری مطرح است، ریشه کن شدن جرایم از طریق ردع و زجر مجرم است. این مطلوب نیز می تواند از طریق مجازات وی حاصل گردد. اما آیا می توان در مجازات مجرم، روش های گوناگونی را به کار برد؟ به عبارت بهتر آیا حاکم می تواند در راستای تحقق هدف اصلی مجازات، به گونه ای عمل کند که وی را بهتر به مقصود برساند؟ برخی از فقهای متأخر به این پرسش، پاسخ مثبت داده و اظهار داشته اند تعزیر از هر روشی که تأدیب مجرم و منع وی از ارتکاب جرم با آن حاصل گردد، انجام می شود؛ به شرط آنکه ممنوعیت شرعی در بین نباشد و با شئون انسانی نیز منافات

نداشته باشد.^{۳۹} ضمن اینکه روایاتی نیز از اهل بیت (ع) وارد شده که برخی جرایم تعزیری را به شکل خاصی غیر از شلاق تعیین کرده‌اند و برخی فقها نیز به مضمون آن فتوا داده‌اند؛ مانند رسوا و شهره کردن شاهد بالزور در ملا عام و سپس حبس وی برای چند روز،^{۴۰} مجازات ضرب و حبس برای اختلاس گوشواره از گوش کنیز،^{۴۱} حبس علمای فاسق، پزشکان جاهل و کرایه کنندگان مفلس. همچنین برخی از فقها چون شیخ طوسی، به صراحت از مجازات مجرم از طریق توبیخ، زدن به وسیله عصا (تبکیت) و حبس، سخن گفته‌اند.^{۴۲} هرچند در کلام ایشان، تعزیر هیچ گاه در موردی غیر از ضرب با شلاق به کار نرفته و مجازات‌های غیر از شلاق را تعزیر نام نمی‌نهادند.^{۴۳}

نتیجه

در پایان، از مطالب مطرح شده می‌توان چنین نتیجه گرفت که سیاست کیفری اسلام در مورد جرایم حدی با جرایم مستوجب تعزیر تفاوت دارد و در هر یک، شارع هدف خاصی را دنبال می‌کند. هدف اصلی در حدود، صرف اجرای به موقع و کامل مجازات است و هدف در تعزیرات، ریشه کن شدن جرم است. در حدود، لحاظ کردن اهداف آلی و فرعی در تعیین نوع و کیفیت اجرای حدود، صرفاً با بیان صریح شارع امکان پذیر است؛ در حالی که در تعزیرات، این امر به عهده حاکم گذارده شده و اوست که باید با اجتهاد، در جهت تحقق بهتر و کامل تر

۳۹. مقدس اردبیلی، مجمع الفائدة والبرهان، ج ۱، ص ۵۰.

۴۰. حرّ عاملی، وسائل الشیعة، ج ۲۷، ص ۳۳۴.

۴۱. همان، ج ۲۸، ص ۲۶۹.

۴۲. طوسی، المبسوط فی فقه الامامیة، ج ۸، ص ۶۶.

۴۳. شهید ثانی، الروضة البهیة، ج ۳، ص ۱۴۵؛ همو، الروضة البهیة، ج ۲، ص ۱۵۹.

هدف مجازات، بهترین تصمیم را بگیرد. در حدود، آن گاه که سبب حد با تمام شرایط آن اثبات شد، هیچ گونه ملاحظه‌ای در جهت لغو یا تخفیف مجازات نباید صورت گیرد؛ ولی در تعزیرات چون هدف اصلی از بین بردن ریشه جرم است، اگر لغو یا تخفیف مجازات، حاکم را بهتر به آن هدف برساند، وی مجاز به اجرای چنین تصمیمی است. آنچه گفته شد، بیانگر این است که مجازات در اسلام هیچ موضوعیتی ندارد و شرع مقدس بیش از هر چیز به دنبال اصلاح انسان‌ها و تکامل آنهاست و از این طریق، سعادت جامعه را دنبال می‌کند. هسته اولیه رشد جامعه با ملاک‌های دینی، افراد هستند و تمام سیاست‌های فرهنگی، اعم از تعلیمی- تربیتی، پیش‌گیری و کیفری، بر مبنای افراد آن اجرا می‌شوند. اگر افراد، با توبه و اصلاح، در مسیر ساختن جامعه متریقی باشند و یا دست کم مانعی در راه آن نباشند، اعمال سیاست‌های کیفری بر آنها خارج از جهت‌گیری کلی اسلام در این باب است؛ حتی اگر مرتکب جرم شده باشند و با اعمال نشدن مجازات، اهداف دیگر از قبیل سزادهی، ارباب جمعی و تشفی خاطر بزه‌دیده تأمین نشود و یا به طور کلی نادیده گرفته شود، حد یا تعزیری بودن مجازات نیز مجوزی برای درپیش گرفتن و اعمال سیاست‌های کیفری متفاوت در این مورد نخواهد بود. البته جامعه، فارغ از افراد، خود واجد ملاک‌هایی برای رشد و توسعه هست؛ ولی توجه به این ملاک‌ها در درجه دوم اهمیت قرار دارد و آنچه دارای اهمیت بیشتری است، اتخاذ سیاست‌های کیفری فردمحور یا انسان‌محور است. دستگاه عدالت کیفری آن‌گاه که مجرم در حال تحمل مجازات است، کاری جز مجازات او ندارد، اما می‌توان در کنار مجازات، زمینه تنبه و بیداری و سرانجام، توبه کامل وی را فراهم کرد و با مشخص شدن توبه، وی را از تحمل بقیه مجازات معاف کرد.

منابع و مأخذ

قرآن

نهج البلاغه

۱. ابن ادریس حلی، محمد بن منصور بن احمد، السرائر الحاوي لتحرير الفتاوى، ۳ جلدی، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۰ ق.
۲. ابن منظور مصری، جمال الدین ابوالفضل، لسان العرب، ۱۵ جلدی، بیروت، دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع، ۱۴۱۴ هـ. ق.
۳. اصفهانی (فاضل هندی)، محمد بن الحسن، کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحکام، ۱۱ جلدی، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۶ هـ. ق.
۴. حر عاملی، محمد بن الحسن، وسائل الشیعة، ۳۰ جلدی، قم، مؤسسه آل البيت (ع)، ۱۴۰۹ هـ. ق.
۵. حسینی حلی (ابن زهره)، حمزة بن علی، غنية النزوع إلى علمي الأصول و الفروع، یک جلدی، قم، مؤسسه امام صادق (ع)، ۱۴۱۷ هـ. ق.
۶. حسینی عاملی، سید جواد بن محمد، مفتاح الکرامة في شرح قواعد العلامة (ط الحديثه)، ۲۳ جلدی، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۹ هـ. ق.
۷. حلی (ابو الصلاح)، تقی الدین بن نجم الدین، الکافي في الفقه، یک جلدی، اصفهان، کتابخانه عمومی امام امیر المؤمنین (ع)، ۱۴۰۳ هـ. ق.
۸. خوانساری، سید احمد بن یوسف، جامع المدارک في شرح المختصر النافع، ۷ جلدی، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۵ هـ. ق.
۹. راغب اصفهانی، حسین بن محمد، مفردات ألفاظ القرآن، ۱ جلدی، لبنان، دار العلم - الدار الشامیة، ۱۴۱۲ هـ. ق.



۲۲۲

سال ۱۹، شماره ۷۵-۷۶

۱۰. زبیدی واسطی، محب الدین ابوالفیض سید محمد مرتضی، تاج العروس من جواهر القاموس، ۲۰ جلدی، بیروت، دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع، ۱۴۱۴هـ. ق.
۱۱. شهید اول، محمد بن مکی عاملی، الدروس الشرعية في فقه الإمامية، ۳ جلدی، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، ۱۴۱۷هـ. ق.
۱۲. شهید ثانی، زین الدین بن علی، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، ۱۰ جلدی، قم، کتاب فروشی داوری، ۱۴۱۰هـ. ق.
۱۳. _____، مسالك الافهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، ۱۵ جلدی، قم، مؤسسة المعارف الإسلامية، ۱۴۱۰هـ. ق.
۱۴. شیخ مفید بغدادی، ابی عبدالله محمد بن محمد بن نعمان، المقنعه، یک جلدی، قم، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید (ره)، ۱۴۱۳هـ. ق.
۱۵. طرابلسی (قاضی ابن برّاج)، عبد العزيز، المذهب، ۲ جلدی، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، ۱۴۰۶هـ. ق.
۱۶. طوسی، ابو جعفر محمد بن الحسن، المبسوط في فقه الإمامية، ۸ جلدی، تهران، المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، ۱۳۸۷هـ. ق.
۱۷. _____، النهاية في مجرد الفقه والفتاوى، یک جلدی، بیروت، دار الكتاب العربي، ۱۳۸۷هـ. ق.
۱۸. _____، تهذيب الأحكام، ۱۰ جلدی، تهران، دار الكتب الإسلامية، ۱۳۸۷هـ. ق.
۱۹. علامه حلی، الحسن بن یوسف بن المطهر الاسدي، تحرير الاحكام الشرعية على مذهب الإمامية (ط - الحديثه)، ۶ جلدی، قم، مؤسسه امام صادق (ع)، ۱۴۲۰هـ. ق.
۲۰. _____، مختلف الشيعة في أحكام الشريعة، ۹ جلدی، قم، دفتر انتشارات

- اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۳ هـ. ق.
۲۱. _____، إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان، ۲ جلدی، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۲۰ هـ. ق.
۲۲. فراهیدی، خلیل بن احمد، کتاب العین، ۸ جلدی، قم، نشر هجرت، ۱۴۱۰ هـ. ق.
۲۳. قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰.
۲۴. کیدری، قطب الدین محمد بن الحسین، إصباح الشيعة بمصباح الشريعة، یک جلدی، قم، مؤسسه امام صادق (ع)، ۱۴۱۶ هـ. ق.
۲۵. لایحه جدید مجازات اسلامی.
۲۶. مکارم شیرازی، ناصر، استفتاءات جدید، ۳ جلدی، قم، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع)، ۱۴۲۷ هـ. ق.
۲۷. محقق حلی، نجم الدین جعفر بن الحسن، المختصر النافع في فقه الإمامية، ۲ جلدی، قم، مؤسسة المطبوعات الدينيه، ۱۴۱۸ هـ. ق.
۲۸. مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائدة و البرهان في شرح إرشاد الأذهان، ۱۴ جلدی، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۳ هـ. ق.
۲۹. موسوی اردبیلی، سید عبد الكريم، فقه الحدود و التعزيرات، ۴ جلدی، قم، مؤسسة النشر لجامعة المفيد، ۱۴۲۷ هـ. ق.
۳۰. میر محمد صادق، حسین، حقوق جزای اختصاصی (۳)؛ جرایم علیه امنیت و آسایش عمومی، تهران، میزان، ۱۳۸۶ هـ. ش.
۳۱. نجفی (صاحب الجواهر)، محمد حسن، جواهر الکلام في شرح شرائع الإسلام، ۴۳ جلدی، بیروت، دار إحياء التراث العربي، ۱۴۰۴ هـ. ق.
۳۲. هاشمی شاهرودی، سید محمود، بایسته های فقه جزا، یک جلدی، تهران، نشر میزان- نشر دادگستر، ۱۴۱۹ هـ. ق.

بررسی فقهی موضوع شناسی حرز در سرقت از دیدگاه فقهای امامیه

○ سید مجتبی حسین نژاد *

چکیده

یکی از شرایط سرقت مستوجب حد، آن است که سرقت از حرز صورت گیرد. فقها در بازگشت معنا و مفهوم حرز به عرف، اجماع و اتفاق نظر دارند؛ ولی در برداشت مفهوم حرز از عرف اختلاف نظر بسیار شدیدی بایکدیگر دارند. نگارنده پس از بررسی سخنان و ادله فقها، معتقد است هر مکانی که از نظر عرفی، موضع حصین در نظر گرفته شود، حرز تلقی می گردد؛ ولی این برداشت عرفی در بسیاری از مواقع به دلیل اختلافات عرفی، دارای ابهام است. از این رو در مجموع می توان گفت که بیان یک تعریف مناسب و خالی از هر گونه شک و شبهه درباره حرز، بارعایت قیود حدی، کاری بسیار دشوار و

* فارغ التحصیل سطح ۴ حوزه (استاد حوزه و دانشگاه).

چه بسا ناممکن است. لذا در موارد شبهه در وجود حرز، گرچه شبهه مفهومی و مخصص منفصل و امر دائر بین اقل و اکثر است، آیه سرقت عموم خود را از دست داده و به مقتضای قاعده درء تمسک می شود و در نتیجه حد قطع جاری نمی گردد. **کلید واژگان:** حرز، عرف، شبهه مفهومی، مخصص منفصل، قاعده درء.

مقدمه

از مهم ترین شرایط سرقت مستوجب حد که بیشتر مورد توجه فقها قرار گرفته است - به طوری که تعداد زیادی از شرایط سرقت مستوجب حد در عبارات بسیاری از فقها، مربوط به آن است و بنابر قول اصح، در تعریف فقهی سرقت نیز مندرج و فروع کثیری بر آن مترتب است - محرز بودن اموال مسروقه است حتی می توان گفت فقدان این شرط، نه تنها مانع اجرای حد سرقت می شود، بلکه باعث می شود که سرقت ماهیت خود را از دست بدهد و دیگر نتوان اسم سرقت را بر آن نهاد. در بسیاری از موارد سرقت نیز، حد سرقت به دلیل فقدان این شرط رکنی و شرایط مرتبط با آن در سرقت مستوجب حد، اجرا نمی شود. بنابراین لازم است ماهیت و موضوع شناسی و ضابطه حرز، و مفهوم و مصادیق آن که از مهم ترین مباحث مربوط به حرز است، تبیین گردد.

۱. معنای لغوی حرز

فیومی در مصباح المنیر درباره معنای حرز می نویسد:

«حرز» مکانی است که اموال در آنجا حفظ می شود و جمعش «أحرز» است؛ مثل حمل که جمعش أحمال است و «أحرزتُ المتاع»، یعنی آن شیء را در حرز قرار دادم. و «حرز حرّیز» برای تأکید گفته می شود؛ همان طور که گفته می شود حصن حصین؛ و «أحترز من کذا» یعنی آن چیز را از فلان شیء حفظ کرد.^۱

۱. فیومی، المصباح المنیر، ج ۲، ص ۱۲۹.

ابن اثیر، نیز در نهاییه چنین می نویسد:

زمانی گفته می شود «أحرزت الشيء» که حفظ کنی آن مال را یا ضمیمه کنی آن را به خودت یا آن مال را از گرفتن و دستبرد دیگران محافظت کنی.^۲

در مجمع البحرین و لسان العرب و تاج العروس و قاموس المحيط و صحاح نیز حرز، به موضع حصین معنا شده و عبارتی به این مضمون در آنها آمده است:

«حرز» به «حاء» مکسوره، به معنای مکان استوار و محفوظ و خارج از دسترس است. به همین دلیل، تعویذ (مانند قل اعوذ برب الفلق) «حرز» نامیده می شود و جمعی هم احراز؛ مثل احوال که جمع حمل است...^۳.

بنابراین با جستجو در کتاب های لغوی روشن می شود که اهل لغت «حرز» را به معنای مکان استوار و محفوظ می دانند.

۲. معنای اصطلاحی حرز

روایاتی وجود دارد که حرز را در سرقت مستوجب حد، معتبر دانسته اند و همه فقها نیز این شرط را در سرقت مستوجب حد، به دلیل وجود این روایات قبول دارند. ولی در این روایات، مراد از حرز بیان نشده و هیچ قرینه و حقیقت شرعیه ای وجود ندارد که مراد از حرز را کاملاً مشخص کند. از این رو چاره ای نیست جز اینکه به عرف مراجعه کنیم؛ چنانکه علامه در قواعد نگاشته است:

حرز شیء عبارت است از مکانی که در عرف به عنوان حرز و حفاظ آن شیء شمرده می شود؛ زیرا شارع هیچ گونه تصریحی به آن در روایات نکرده

۲. ابن اثیر، النهاية في غريب الحديث والأثر، ج ۱، ص ۳۶۶.

۳. طریحی، مجمع البحرین، ج ۴، ص ۱۵؛ ابن منظور، لسان العرب، ج ۵، ص ۳۳۳؛ حسینی زبیدی، تاج العروس، ج ۸، ص ۴۴؛ فیروز آبادی، قاموس المحيط، ج ۳، ص ۷؛ جوهری، الصحاح، ج ۳، ص ۸۷۳.

است. در نتیجه چاره‌ای نیست جز اینکه معنایش به عرف واگذار شود.^۴

البته در روایات کتب اربعه به لفظ حرز اشاره‌ای نشده، ولی در بعضی از این روایات همچون روایت صحیح محمد بن مسلم^۵ به مشتقات این لفظ اشاره شده است. در دیگر کتب حدیثی^۶ به خود این لفظ تصریح شده است؛ ولی باز هم بدون بیان مراد از آن به صورت کامل و قرینه‌ای دال بر اعتبار حرز که مراد از آن را روشن سازد نیامده است.

همچنین شهید ثانی^۷ و بسیاری دیگر از فقها^۸ پس از اینکه معیار در تشخیص حرز را عرف دانسته‌اند، این مورد را نظیر مواردی در فقه همچون قبض و تفرق از مکان بیع قرار داده‌اند؛ زیرا در فقه، در بحث خیار مجلس، عبارتی با این مضمون داریم «البایعان بالخیار مالم یفترقا اذا افترقا وجب البیع»؛ یعنی بایع و مشتری تا زمانی خیار مجلس دارند که متفرق نشوند. بنابراین پراکنده شدن، موجب از بین رفتن خیار مجلس می‌شود. ولی فقها متذکر نشده‌اند که مصداق افتراق چیست؟ اگر دو نفر در جایی بنشینند و معامله کنند؛ آن گاه یکی از آنها برخیزد و به مغرب برود و دیگری به مشرق، در اینجا صدق افتراق واضح است. اما اگر تا ظهر یا تا شب در همان مجلس معامله بنشینند، کیفیت افتراق در اینجا به چه نحو است؟ آیا

۴. علامه حلی، قواعد الاحکام، ج ۳، ص ۵۶۰.

۵. کلینی رازی، الکافی، ج ۷، ص ۲۲۱، ح ۶؛ طوسی، تهذیب الاحکام، ج ۱۰، ص ۹۹، ح ۳۸۴؛ همو، الاستبصار، ج ۴، ص ۲۳۸، ح ۸۹۶.

۶. ابن ابی جمهور احسایی، عوالی اللثالی، ج ۳، ص ۵۶۸؛ ابوحنیفه، دعائم الإسلام، ج ۲، ص ۴۷۳؛ نوری، مستدرک الوسائل، ج ۱۸، ص ۱۳۵ و ۱۳۶، ح ۵ و ۹.

۷. شهید ثانی، مسالک الافهام، ج ۱۴، ص ۴۹۴؛ همو، الروضة البهیة، ج ۹، ص ۲۴۳؛ همو، حاشیه المختصر، ص ۲۰۴.

۸. ابن فهد حلی، المذهب البارع، ج ۵، ص ۹۷؛ فقحانی، الدر المنضود، ص ۳۰۵؛ مجلسی اول، یک دوره فقه کامل فارسی، ص ۲۰۳؛ فاضل هندی، کشف اللثام، ج ۱۰، ص ۵۹۵؛ محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۴۱، ص ۴۹۹.

افتراق فیزیکی منظور است؟ یا اینکه فاصله زمانی از هنگام معامله و ورود به بحث جدید، می‌تواند موجب صدق افتراق شود؟ یا اگر با هم از مجلس معامله به مکان دیگر بروند، صدق افتراق چگونه است؟ در این گونه موارد، معنای افتراق به عرف واگذار می‌شود و باید دید عرف از معنای افتراق چه چیزی برداشت می‌کند؟ درباره معنای حرز نیز همین طور است؛ حکم شرعی درباره آن آمده، اما معنای حرز را به طور یقینی روشن نساخته است. لذا از آنجا که در مورد معنای حرز نیز هیچ حقیقت شرعیه‌ای وجود ندارد، چاره‌ای نیست جز اینکه به عرف مراجعه شود. فاضل مقداد^۹ و راشد صیمری^{۱۰} و صاحب ریاض^{۱۱} در برگشتن معنای حرز به عرف، ادعای اجماع و اتفاق می‌کنند.

تردیدی نیست که اگر شارع مقدس معنای خاصی را از یک لفظ، اراده و بیان کرده باشد، باید همان معنای شرعی را مورد توجه قرار داد و در این صورت، معنای شرعی واژه بر معنای عرفی و لغوی آن مقدم خواهد بود.^{۱۲} در غیر این صورت، به عقیده همه صاحب نظران، برای فهم معنای واژه‌ها باید به عرف، اعم از عرف لفظی یا قولی مراجعه کرد؛^{۱۳} زیرا هر قانون‌گذاری در ابلاغ قانون به شهروندان و مکلفان آن قانون، باید به اصول و قواعد محاوره رایج در میان مخاطبان خویش پایبند باشد و چنانچه اصطلاح یا شیوه خاصی دارد، یادآوری کند؛ و گرنه باید مطابق فهم عرف مردم، محاوره خویش را سامان دهد. شارع مقدس نیز از همین روال پیروی کرده و روش خاصی در تشریع و ابلاغ احکام

۹. فاضل مقداد، التثقیح الرائع، ج ۴، ص ۳۷۷.

۱۰. راشد صیمری، غایة المرام، ج ۴، ص ۳۴۵.

۱۱. طباطبایی، ریاض المسائل، ج ۱۶، ص ۱۰۳.

۱۲. شریف مرتضی، الذریعة، ج ۱، ص ۱۵ و ۱۶.

۱۳. موسوی خویی، مصباح الاصول، ج ۳، ص ۲۳۸؛ موسوی بجنوردی، منتهی الاصول، ج ۲، ص ۴۸۷.

شرعی به کار نبرده است.^{۱۴} بنابراین می توان گفت معنا و مفهوم اصطلاحی حرز هر چیزی است که عرفاً حرز و موضع حصین برای اشیاء تلقی شود و زمانی که ملاک موضوع شناسی، عرف باشد، به قول مرحوم کاشف الغطاء، فقیه به هر درجه ای از فقاهاست هم که رسیده باشد، باز هم چاره ای نیست که در تشخیص موضوع به عرف مراجعه کند.^{۱۵}

۳. موضوع شناسی حرز (تبیین مفهوم و مصادیق حرز)
باید در نظر داشت که اگرچه مفهوم حرز به اجماع فقها به عرف حواله داده شده است، در این مقدار از شناسایی مفهوم حرز، ابهام وجود دارد و واگذاری معنا و مفهوم حرز به مقتضای عرف، برای تبیین مفهوم حرز کافی نیست؛ زیرا در صدق عرفی حرز بر بعضی از مصادیقش، گاهی به دلیل روشن نبودن مفهوم عرفی حرز، کمی ابهام و شبهه وجود دارد که باعث ایجاد اختلاف شدیدی در تبیین مفهوم حرز بین فقها شده است. ما در این قسمت از بحث، به بیان ضابطه حرز در اشیاء و مکان ها و تبیین مفهوم و مصادیق و موضوع شناسی آن می پردازیم.

۳-۱. دیدگاه فقها در موضوع شناسی حرز (تبیین مفهوم و مصادیق حرز)

فقهای نزدیک به عصر امام معصوم، همچون شیخ صدوق^{۱۶} و شیخ مفید^{۱۷} و

۱۴. امام خمینی، تهذیب الاصول، ج ۳، ص ۱۳۸؛ بهبهانی، الفوائد الحائریه، ص ۳۳۵؛ امام خمینی، تحریرات فی الاصول، ج ۴، ص ۱۳۶؛ ابوالقاسم علی دوست، فقه و عرف، ص ۲۱۵.

۱۵. سید عادل علوی، احکام السرقة علی ضوء القرآن و السنة، ص ۵۸، به نقل از: آیت الله مرعشی الفقیه مهما بلغ فی الفقه فانه عیال علی العوام.

۱۶. شیخ صدوق، المقنع، ص ۵۳۰.

۱۷. شیخ مفید، المقنعه، ص ۵۳۰.

سید مرتضی^{۱۸} به شرطیت حرز در اجرای حد سرقت اشاره داشته اند؛ ولی تقریباً هیچ یک از آنها هیچ گونه تعریف و تبیینی از حرز نکرده اند. با مراجعه به کتاب های فقهای دیگر بعد از این دوره، یعنی از زمان شیخ طوسی، روشن می شود که فقها پس از اجماع در عرفی بودن معنای حرز، در تبیین مفهوم و مصادیق عرفی آن با یکدیگر اختلاف نظر دارند که اینک به تبیین دیدگاه آنها می پردازیم.

دیدگاه اول: مراد از حرز، جایی است که انسان بدون اذن صاحب آن مکان (یا شخصی که آن مکان در تصرف اوست) حق ورود به آنجا را ندارد.

در این تعریف، ملاک در تبیین مفهوم حرز، منع شرعی است.^{۱۹} ابوصلاح حلبی^{۲۰} و شیخ طوسی^{۲۱} و قاضی ابن برّاج^{۲۲} از معتقدان به این قول می باشند به طوری که حتی شیخ طوسی^{۲۳}، قطب الدین کیدری^{۲۴}، قطب الدین راوندی^{۲۵}، فاضل مقداد^{۲۶} و مرحوم سبزواری^{۲۷} این قول را به «اصحابنا» نسبت می دهند.

ابن زهره هم در غنیه^{۲۸} پس از اینکه این قول را به اصحابنا نسبت می دهد، در مقام دلیل بر این قول، ادعای اجماع نیز می کند. بنابراین بر اساس این دیدگاه، همین که ورود به مکانی از نظر شرعی جایز نباشد، حرز تلقی می شود و لازم

۱۸. شریف مرتضی، الانتصار، ص ۵۳۰.

۱۹. علی کریمی جهرمی، الدر المنضود، ج ۳، ص ۸۶.

۲۰. ابوصلاح حلبی، الکافی فی الفقه، ص ۴۱۱.

۲۱. طوسی، النهایة، ص ۷۱۴.

۲۲. قاضی ابن برّاج طرابلسی، المذهب، ج ۲، ص ۵۳۷.

۲۳. طوسی، المبسوط، ج ۸، ص ۲۲؛ همو، التبیان فی تفسیر القرآن، ج ۶، ص ۵۱۳.

۲۴. قطب الدین کیدری، اصباح الشیعة بمصباح الشریعة، ص ۵۲۳.

۲۵. قطب الدین راوندی، فقه القرآن، ج ۲، ص ۳۸۳.

۲۶. فاضل مقداد، کنز العرفان، ج ۲، ص ۳۵۰.

۲۷. قمی سبزواری، جامع الخلاف والوفاق، ص ۵۹۱.

۲۸. ابن زهره حلبی، غنیه النزوع، ص ۴۳۰.

نیست در، بسته یا قفل شده باشد.

دیدگاه دوم: حرز، مکانی است که اموال در آن مکان، به دلیل قفل بودن یا بسته بودن یا مدفون بودن اموال، از دستبرد دیگران محفوظ است؛ البته بنابر تفصیل بین دفن کردن در آبادی یا در غیر آبادی.

از جمله قائلان به این قول، ابن ادریس حلی^{۲۹}، یحیی بن سعید حلی^{۳۰}، محقق حلی^{۳۱} و بسیاری دیگر از فقها^{۳۲} می باشند. ابن ادریس حلی در سرائر انحصار حرز به موارد سه گانه فوق را مقتضای اصول مذهب دانسته و دلیل آن را اجماع فقها می داند.^{۳۳}

باید در نظر داشت که ظاهر کلام این گروه از فقها، بلکه کلام صریح بعضی از آنها^{۳۴} منحصر کردن حرز به موارد قفل شده و بسته شده و دفن شده است؛ چنان که ابن ادریس ادعای اجماع بر این انحصار می کند. حتی بعضی از فقهای این گروه (مانند خود ابن ادریس) معتقدند که مناسبت حرز با اشیاء نیز معتبر نیست. بنابراین مبنای این دیدگاه با توجه به عبارت دیدگاه پنجم و همچنین با توجه به مطالب یاد شده در نظریه مختار، نظریه ای جدا از دیدگاه پنجم در نظر گرفته می شود.

دیدگاه سوم: حرز، هر مکانی است که دخول و تصرف در آن برای غیر مالک، بدون اذن مالک، جایز نباشد؛ علاوه بر اینکه قفل شده یا بسته شده نیز باشد.

۲۹. ابن ادریس حلی، السرائر، ج ۳، ص ۴۸۳.

۳۰. محقق اول، الجامع للشرایع، ص ۵۶۰.

۳۱. همو، المختصر النافع، ج ۱، ص ۲۲۴؛ همو، شرائع الاسلام، ج ۴، ص ۱۶۲.

۳۲. فاضل آبی، کشف الرموز، ج ۲، ص ۵۷۶؛ علامه حلی، تبصرة المتعلمین، ص ۱۸۸؛

همو، ارشاد الأذهان، ج ۳، ص ۱۸۳؛ همو، مختلف الشیعه، ج ۹، ص ۲۱۶؛ شهید

اول، اللمعة، ص ۲۶۱؛ راشد صیمری، غایة المرام، ج ۴، ص ۳۴۵.

۳۳. ابن ادریس حلی، السرائر، ج ۳، ص ۴۸۳.

۳۴. همان؛ راشد صیمری، غایة المرام، ج ۴، ص ۳۴۵.

ابن حمزه در وسیله قائل به این قول است.^{۳۵} مقتضای این قول آن است که حرز، مکانی است که نه تنها ورود یا تصرف در آن اذن می‌خواهد، بلکه حتماً باید قفل شده و یا بسته شده نیز بوده باشد. لذا این دیدگاه، مستقل از دیدگاه اول و دوم در نظر گرفته می‌شود.

دیدگاه چهارم: حرز، مکانی است که سارق در آن احساس خطر کند؛ به دلیل اینکه آن مکان، پیوسته زیر نظر است و یا به دلیل این که قفل یا بسته شده و یا اینکه مال در آن مدفون است.

علامه در قواعد، حرز را این طور تعریف کرده و^{۳۶} فیض کاشانی نیز در مفاتیح آن را بهترین و احسن التفاسیر دانسته است.^{۳۷}

دیدگاه پنجم: هر مکانی که اموال در آن، به دلیل قفل بودن یا بسته بودن یا مدفون بودن، از دستبرد دیگران محفوظ است، حفاظتگاه برای آن اموال محسوب می‌شود، حرز است.

این دیدگاه، از مضامین کلام فقهایی همچون شهید ثانی^{۳۸}، محقق اردبیلی^{۳۹}، مرحوم نجفی^{۴۰} و بسیاری دیگر از فقها، به ویژه فقهای معاصر،^{۴۱} در تبیین مفهوم حرز استفاده می‌شود.

۳۵. ابن حمزه طوسی، الوسيلة، ص ۴۱۸.

۳۶. علامه حلی، قواعد الاحکام، ج ۳، ص ۵۶۰.

۳۷. فیض کاشانی، مفاتیح الشرائع، ج ۲، ص ۹۲.

۳۸. شهید ثانی، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، ج ۹، ص ۲۴۵؛ همو، مسالک الافهام، ج ۱۴، ص ۴۹۴.

۳۹. مقدس اردبیلی، مجمع الفائدة والبرهان، ج ۱۰، ص ۲۷۹ و ۲۸۰، ج ۱۳، ص ۲۳۹ و ۲۴۰.

۴۰. محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۴۱، ص ۴۹۹.

۴۱. ر. ک: امام خمینی، تحریر الوسيلة، ج ۲، ص ۴۸۵؛ سبزواری، مهذب الاحکام، ج ۳۸، ص ۶۸؛ فاضل لنکرانی، تفصیل الشریعة، الحدود، ص ۵۳۳ - ۵۳۵؛ موسوی اردبیلی،

فقه الحدود و التعزیرات، ج ۳، ص ۱۶۵.

۳-۲. ادله دیدگاه‌های فقها در موضوع شناسی حرز

دلیل دیدگاه اول: قائلان به این دیدگاه برای سخن خود دلیلی نیاورده‌اند، ولی بعضی از مدافعان این نظریه، از جمله سید علی طباطبایی در ریاض المسائل در مقام دفاع از این نظر می‌نویسد:

در تعدادی از روایات، به تعریف شیخ طوسی از حرز اشاره شده است. از جمله این روایات، صحیحہ ابو بصیر از امام باقر(ع) است که می‌گوید: «از امام باقر(ع) در مورد دوستان همسفری که بعضی متاع دیگران را بدزدند، سؤال کردم. امام فرمود: چنین فردی خائن است و دستش قطع نمی‌شود؛ ولی به سبب سرقت و خیانتش تعقیب می‌شود. به امام(ع) عرض شد: اگر از منزل پدرش سرقت کند [تکلیف چیست]؟ فرمودند: دستش قطع نمی‌شود، زیرا فرزند از ورود به منزل پدرش منع نشده است. این فرد خائن است و اگر از منزل برادر یا خواهرش سرقت کند همین حکم جاری است؛ مشروط بر اینکه وقتی بر آنان وارد می‌شود، او را از داخل شدن به منزل منع نکنند». ۴۲.

این روایت علت قطع نشدن دست شخص را در صورت سرقت از مال برادر یا خواهر یا پدر، ممنوع نبودن ورود شخص به منزل آنها می‌داند. شکی نیست که ممنوع نبودن شخص برای ورود به منزل، ظهور در اذن برای ورود دارد. در نتیجه، مفهوم این تعلیل این است که اگر اذن در دخول وجود نداشته باشد، در این صورت سرقت موجب حد قطع خواهد شد^{۴۳} و این همان نظر شیخ است.

۴۲. کلینی رازی، الفروع من الکافی، ج ۷، ص ۲۲۸، ح ۶؛ طوسی، تهذیب الاحکام، ج ۱۰، ص ۱۱۰، ح ۴۲۹.

۴۳. برای تبیین این مطلب، ر. ک: سید احمد خوانساری، جامع المدارک فی شرح المختصر النافع، ج ۷، ص ۱۳۵.

سپس در ادامه می‌فرماید: اظهر از این تعلیل، روایت قوی سکونی است که امام صادق(ع) در این روایت از قول امیر مؤمنان می‌فرماید:

هرگاه دزد از جایی مانند حمام‌ها، کاروان سراها و آسیاب‌ها که همگان می‌توانند بدون اذن وارد شوند، چیزی برباید، دستش بریده نمی‌شود.^{۴۴}

از این روایت فهمیده می‌شود که کیفر سرقت از هر مدخلی که برخلاف مسجد و حمام و کاروان سرا، ورود به آنجا اذن بخواهد، قطع دست است. لذا این روایت، می‌تواند دلیل دیدگاه گروه اول از فقها قرار گیرد.

روایاتی هم که در زمینه قطع نشدن دست اجیر و مهمان وارد شده‌اند^{۴۵} و قطع نشدن دست را معلل به امین بودن آنها می‌دانند، می‌توانند مانند دو روایت صحیح ابوبصیر و قوی سکونی، مستند برای نظر شیخ واقع شوند؛ زیرا امین دانستن اجیر و مهمان، به دلیل اجازه داشتن آن دو در دخول به خانه است.^{۴۶}

دلیل دیدگاه دوم: یک سلسله از روایات، مستند این نظریه قرار می‌گیرند که بعضی از آنها چنان که صاحب جواهر^{۴۷} اشاره می‌کند، عبارتند از:

۱. روایت سکونی از امام صادق(ع) از پدرش از علی(ع) که فرمود:

لا یقطع إلا من نقب بیتاً او کسر قفلاً؛^{۴۸}

دست سارق در سرقت اموال قطع نمی‌شود، مگر اینکه دیوار خانه‌ای را سوراخ کند یا قفلی را بشکند.

۴۴. کلینی رازی، الفروع من الکافی، ج ۷، ص ۲۳۱، ح ۵؛ شیخ صدوق، من لا یحضره الفقیه، ج ۴، ص ۶۱، ح ۵۱۰۴ (البته در من لا یحضره الفقیه کلمه «المساجد» اضافه شده است)؛ طوسی، تهذیب الاحکام، ج ۱۰، ص ۱۰۸، ح ۴۲۲.

۴۵. حر عاملی، وسائل الشیعه، ج ۲۸، ص ۲۷۲-۲۷۴.

۴۶. طباطبایی، ریاض المسائل، ج ۱۶، ص ۱۰۴ و ۱۰۵.

۴۷. محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۴۱، ص ۴۹۹.

۴۸. طوسی، تهذیب الاحکام، ج ۱۰، ص ۱۰۹، ح ۴۲۳؛ همو، الاستبصار، ج ۴، ص ۲۴۳، ح ۹۱۸.

راشد صیمری که از طرفداران دیدگاه دوم است، این قول را احوط، و دلیل آن را این روایت دانسته است، زیرا مطابق با مضمون این روایت، مقتضای «لا» و «الا» - که حصر است و امام می فرماید: «لا یقطع إلا...» - از منظر این دسته از فقها اجرا نشدن حد سرقت در غیر این مواضع است. بنابراین اگر سارق از غیر این مواضع سرقت کند، مانند سرقت از مکانی که در آن باز است، حد قطع بر وی اجرا نخواهد شد؛ هر چند شرعاً حق نداشت وارد خانه شود و عمل حرامی مرتکب شود؛ در عین حال سرقت وی قطع دست ندارد؛ زیرا مال دزدیده شده در حرز نبوده است.^{۴۹}

۲. مرسله جمیل بن درآج از امام باقر یا امام صادق (ع) نیز به همین مضمون وارد شده است.^{۵۰}

۳. طلحة بن زید از امام صادق (ع) از پدرش از امیرمؤمنان، علی (ع) نقل کرده است:

لیس علی السارق قطع حتی یخرج بالسرقة من البیت؛^{۵۱}

حد قطع، تنها در صورتی درباره سارق اجرا می شود که با سرقت، اموال را از خانه خارج کند.

در استدلال به این روایت، گفته می شود: شاهد استدلال در این روایت تعبیر «من البیت» است که ظهور در آن دارد که [در] خانه بسته باشد؛ زیرا خصوصیت خانه آن است که نوعاً و در بیشتر موارد، در آن قفل و بسته شده باشد.^{۵۲}

۴۹. راشد صیمری، غایة المرام، ج ۴، ص ۳۴۶.

۵۰. سلمی سمرقندی، تفسیر العیاشی، ج ۱، ص ۳۱۹، ح ۱۰۸؛ حر عاملی، وسائل الشیعه، ج ۲۸، ص ۲۷۷ و ۲۷۸، ح ۵.

۵۱. طوسی، تهذیب الاحکام، ج ۱۰، ص ۱۳۰، ح ۵۲۰.

۵۲. فاضل لنکرانی، تفصیل الشریعه، الحدود، ص ۵۳۳ و ۵۳۴.

۴. روایت اسحاق بن عمار از امام صادق (ع) که مضمونش عین روایت قبلی است.^{۵۳} بنابراین استدلال به آن نیز واضح است.

دلیل دیدگاه سوم: صاحب ریاض در مورد تعریف ابن حمزه از حرز، معتقد است که این تعریف برای فرار از اشکالاتی همچون اشکال ابن ادریس (که خواهد آمد) بر قول شیخ در نهاییه (قول اول) است. چنان که ابن حمزه بین روایاتی که مستند قول شیخ در نظر گرفته می شود و بین روایت سکونی (که مستند قول دوم بود) جمع کرده است.

دلیل دیدگاه چهارم: با توجه به کلام علامه در قواعد^{۵۴} و شارح کتاب قواعد،^{۵۵} روشن می شود که دلیل علامه مقتضای عرفی است.

دلیل دیدگاه پنجم: چنان که در قسمت نظریه مختار می آید، دلیل این دیدگاه نیز مقتضای عرفی است.

۳-۳. نقد و بررسی دیدگاه ها و ادله فقها در موضوع شناسی حرز

نقد دیدگاه اول: در نقد این دیدگاه باید گفت که تعریف شیخ و پیروان وی از حرز، به صورت مطلق و در تمامی موارد نمی تواند صحیح باشد؛ زیرا اجرای حد قطع بر کسی که وارد خانه ای شود - که در نداشته باشد یا درش بسته یا قفل نشده باشد - و مالی را از آنجا بدزدد، بدون هیچ گونه اختلافی بین اصحاب، جایز نیست؛ در حالی که در این فرض، بدون شک ورود به این خانه بدون اذن صاحبش جایز نیست.^{۵۶} حتی

۵۳. طوسی، تهذیب الاحکام، ج ۱۰، ص ۱۰۷، ح ۴۱۵.

۵۴. علامه حلی، قواعد الاحکام، ج ۳، ص ۵۶۰.

۵۵. فاضل هندی، کشف اللثام و الابهام عن قواعد الاحکام، ج ۱۰، ص ۵۹۵ و ۵۹۶.

۵۶. ابن ادریس حلی، السرائر، ج ۳، ص ۴۸۳؛ شهید اول، غایة المراد، ج ۴، ص ۲۵۳؛ شهید

ثانی، مسالک الافهام، ج ۱۴، ص ۴۹۵؛ مقدس اردبیلی، مجمع الفائدة، ج ۱۳،

ص ۲۴۵؛ محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۴۱، ص ۴۹۹ و ۵۰۰.

بعضی از مدافعان این دیدگاه نیز با توجه به این مناقشه، حاضر به پذیرفتن این قول نشده‌اند.^{۵۷} خود شیخ طوسی نیز در مبسوط، ساختمان‌ی را که درهایش باز است، حرز برای اموال نمی‌داند؛^{۵۸} در حالی که ورود به این ساختمان بدون اذن صاحبش جایز نیست. علاوه بر اینکه شیخ در کتاب مبسوط،^{۵۹} مفهوم حرز را مفهومی عرفی می‌داند، در حالی که در همین کتاب ملاک در تحقق حرز را منع شرعی دانسته و آن را به «اصحابنا» نسبت می‌دهد. بنابراین در سخنان شیخ تعارض به چشم می‌خورد.

البته توجه به این نکته نیز لازم است که علامه^{۶۰} و شهید اول^{۶۱} در مقام دفاع از قول شیخ معتقدند که احتمال دارد مراد شیخ در تعریف حرز (لیس لغير المتصرف الدخول فيه) ناتوانی فیزیکی در دخول باشد، نه منع شرعی. با این احتمال، معنای عبارت شیخ در تعریف حرز چنین است: «هر مکانی که شخص بدون اذن مالک، قدرت بر داخل شدن در آن مکان را ندارد». در نتیجه با توجه به چنین توجیهی، ناتوانی در دخول، یا به دلیل قفل کردن در آن مکان است یا بسته بودن در آن. بنابراین، این قول به همان قول دوم باز می‌گردد. ولی شهید ثانی در مسالک، این توجیه را مخالف با مفهوم روایاتی که مستند قول شیخ قرار گرفته‌اند، می‌داند.^{۶۲} صاحب جواهر نیز در نقد این توجیه، تعبیر «و هو كما ترى» را به کار می‌برد^{۶۳} که کنایه از نهایت بی‌اعتنایی به این توجیه و اشاره به سخن شهید ثانی در مسالک است. از فقهای معاصر نیز آیت الله گلپایگانی این توجیه را نپذیرفته و آن

۵۷. طباطبایی، ریاض المسائل، ج ۱۶، ص ۱۰۵.

۵۸. طوسی، المبسوط فی فقه الامامیه، ج ۸، ص ۲۶.

۵۹. همان، ص ۲۲.

۶۰. علامه حلی، مختلف الشیعه، ج ۹، ص ۲۱۶.

۶۱. شهید اول، غایة المراد، ج ۴، ص ۲۵۲.

۶۲. شهید ثانی، مسالک الافهام، ج ۱۴، ص ۴۹۶.

۶۳. محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۴۱، ص ۵۰۰.

را خلاف ظاهر می‌داند. ۶۴

اما در مورد اجماعی که صریح کلام ابن زهره و مورد اشاره در عبارت فقهایی همچون شیخ طوسی و فاضل مقداد است، باید گفت از آنجا که این اجماع مدرکی یا محتمل المدرکیه است، ارزش استنادی ندارد. مدرک قطعی و یا احتمالی این اجماع، دلایل لفظی همچون روایات است و آنچه حجت به شمار می‌رود، منشأ این اجماع؛ یعنی روایات است.

بنابراین لازم است در مورد روایاتی که به طور قطع یا احتمالی، مستند این نظریه قرار می‌گیرند، از نظر سندی و دلالی بحث شود.

در مقام بررسی سندی روایت اول (روایت ابوبصیر) باید گفت که سند این روایت در کافی عبارت است از: محمد بن یعقوب عن علی بن ابراهیم عن ائیه عن ابن محبوب عن ابي ایوب عن ابي بصیر، قال: سألت أبا جعفر (ع) ... ؛ و در تهذیب عبارت است از: محمد بن الحسن عن علی بن ابراهیم عن ائیه عن ابن محبوب عن ابي ایوب عن ابي بصیر، قال: سألت أبا جعفر (ع) همان طور که در طریق اسناد این حدیث ملاحظه می‌شود، تمامی راویان قرار گرفته در سلسله سند آن، بنابر هر دو طریق از نقل، امامی ثقه و جلیل هستند. ۶۵

سند روایت دوم نیز در کافی عبارت است از: محمد بن یعقوب عن علی بن ابراهیم عن ائیه عن النوفلي عن السكوني عن ابي عبد الله (ع) ... ؛ و در کتاب من لا یحضره الفقیه: محمد بن علی بن الحسین عن السکونی عن ابي عبد الله (ع) ... ؛ و در تهذیب عبارت است از: محمد بن الحسن عن أحمد بن محمد عن البرقي عن النوفلي عن السكوني عن ابي عبد الله (ع)

۶۴. علی کریمی جهرمی، الدر المنضود، ج ۳، ص ۸۲.

۶۵. علامه حلی، الخلاصه، ص ۲۷۵؛ موسوی خویی، معجم رجال الحديث، ج ۱۱، ص ۱۹۴.

در نقل دوم، طریق شیخ صدوق به اسماعیل بن ابی زیاد سکونی صحیح است^{۶۶} و قرار گرفتن حسین بن یزید نوفلی در این میان، چنان که خواهد آمد، نمی تواند مشکلی در سند ایجاد کند؛ همان طور که در نقل سوم نیز طریق شیخ طوسی به احمد بن محمد بن محمد بن عیسی صحیح تلقی می شود^{۶۷}. اما در مورد محمد بن خالد برقی در طریق سوم از نقل، باید گفت که قرار گرفتن وی در طریق سند این روایت، موجب ضعف این حدیث نیست؛ زیرا محمد بن خالد اگرچه از نظر نجاشی ضعیف است^{۶۸} و احادیث زیادی از افراد ضعیف نقل، و به احادیث مرسله نیز اعتماد کرده است.^{۶۹} بسیاری از دانشمندان رجالی، از جمله شیخ طوسی^{۷۰} و علامه حلی^{۷۱} و علامه بحرالعلوم^{۷۲} و شیخ صدوق،^{۷۳} وی را ثقة دانسته اند.

در بررسی دلالتی این دو روایت، باید گفت که هیچ یک صلاحیت اثبات نظریه شیخ را ندارند؛ زیرا اجرا نکردن حد قطع بر سارق به دلیل اجازه داشتن وی برای ورود به منزل، مقتضی قطع نکردن دست از جهت محرز نبودن مال نیست؛ چرا که یک احتمال آن است که اجازه داشتن سارق برای ورود به منزل، علت محرز نبودن مال باشد و احتمال دیگر این است که اذن، موضوعی مستقل از حرز در نظر گرفته شود و هیچ گونه منافاتی هم بین این دو موضوع (اذن و حرز) وجود ندارد.^{۷۴} بله،

۶۶. موسوی خویی، معجم رجال الحديث، ج ۳، ص ۱۰۷.

۶۷. علامه حلی، الخلاصه، ص ۲۷۶؛ شهید ثانی، مسالک الافهام، ج ۹، ص ۹۵؛ مجلسی دوم، ملاذالاکخيار، ج ۱۶، ص ۱۴۹، ۱۵۲ و ۱۸۸.

۶۸. نجاشی، الرجال، ص ۳۳۵.

۶۹. ابن غضائری، الرجال، ج ۱، ص ۹۳.

۷۰. طوسی، الرجال، ص ۳۶۳.

۷۱. علامه حلی، الخلاصه، ص ۱۳۹.

۷۲. بحرالعلوم، الفوائد الرجالية، ج ۳، ص ۲۷۰.

۷۳. مجلسی اول، روضة المتقين، ج ۱۴، ص ۴۲ به نقل از مجلسی اول.

۷۴. محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۴۱، ص ۵۰۰.

اگر شخص اذن داشته باشد، حد اجرا نمی‌شود؛ اما در اینکه آیا علت آن، عدم صدق حرز است یا چیز دیگری، در این روایت به آن اشاره نشده است. یک احتمال، آن است که علت اجرا نشدن حد، محرز نبودن مال به علت اجازه داشتن سارق برای ورود به منزل باشد. احتمال مقابل آن نیز این است که اذن، موضوعی مستقل از حرز باشد؛ یعنی مأذون بودن، یک مطلب است و حرز مطلبی دیگر و این دو با یکدیگر هیچ منافاتی ندارند. مبنای شیخ با توجه به کلام صاحب ریاض، بر احتمال اول از این دو احتمال است. وی این دو را مرتبط به یکدیگر دانسته است؛ به این معنا که وقتی اذن بود، حرز نیست. منتها باید در نظر داشت که هرچند قدر مسلم روایات این است که قطع دست در موارد اذن اجرا نمی‌شود، حیثیت تعلیلیه روشن نیست و همان طور که گفته شد، احتمال دارد اجرا نشدن حد قطع، به دلیل عدم ثبوت حرز باشد و احتمال مقابل آن نیز وجود دارد. در نتیجه با توجه به این اشکال، در صورتی قول شیخ از این روایات استفاده می‌شود که غیر از احتمال اول، احتمال دیگری وجود نداشته باشد. از این رو با وجود احتمال دیگر، این روایات نمی‌توانند دلیل قول شیخ به شمار روند: «اذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال».

البته توجه به این نکته لازم است که اگر امام (ع) عبارت «کل مدخل یدخل فیه بغیر اذن ...» را به صورت جمله شرطیه می‌آورد، در این صورت (از آنجا که بنابر قول مشهور، جمله شرطیه دارای مفهوم است) این عبارت می‌توانست، اجرای حد را در غیر این اماکن (که نیاز به اذن دارند) اثبات بکند و به تبع آن، تعیین کننده احتمال اول (علت اجرا نشدن حد، محرز نبودن مال به علت اجازه داشتن سارق برای ورود به منزل باشد) بوده باشد؛ ولی امام این عبارت را به صورت جمله شرطیه نیاورده است. در نتیجه این عبارت نمی‌تواند مقتضای احتمال اول باشد. بنابراین این روایات، دارای مفهوم نیست و مصداقی از عدم حرز در عرف را

بیان کرده، نه اینکه بیانگر ملاکی مستقل در تبیین مفهوم و مصادیق و موضوع شناسی حرز باشد.^{۷۵}

نقد دلیل قول دوم: در مورد اجماعی که ابن ادریس برای این قول ادعا کرده است، چنان که گذشت، این اجماع مدرکی و یا محتمل المدرکیه بوده و ارزش استنادی ندارد. در مورد روایاتی که مستند این قول قرار گرفته اند نیز باید گفت که سند روایت اول در تهذیب و استبصار عبارت است از: محمد بن الحسن عن أحمد بن محمد عن البرقي عن النوفلي عن السكوني عن أبي عبد الله (ع) قال: ... سند این روایت، عین روایت سکونی- در نقل تهذیب- است که دلیل قول اول قرار گرفت؛ لذا این روایت نیز موثق است.

روایت دوم (روایت جمیل بن دراج) مرسله، و لذا ضعیف است و ارزش استنادی ندارد.

سند روایت سوم در تهذیب نیز عبارت است از: محمد بن الحسن عن أحمد بن محمد بن عیسی عن محمد بن یحیی عن طلحة بن زید عن جعفر (ع) عن أبيه عن علي (ع)، قال: ...

تمامی راویانی که در طریق سند این حدیث قرار گرفته اند، غیر از طلحة بن زید، امامی ثقه و جلیل هستند؛ زیرا طریق شیخ به احمد بن محمد بن عیسی، چنان که پیش تر گفته شد، صحیح تلقی می شود. در مورد طلحة بن زید شامی باید گفت که وی اگرچه عامی بتری مذهب است،^{۷۶} ولی احادیث وی از امام معصوم (ع) پذیرفته می شود.^{۷۷} لذا این روایت با وجود قرار گرفتن طلحة بن زید

۷۵. ترابی شهرضایی، آیین کیفری اسلام، ج ۳، ص ۱۰۸؛ تقریرات نویسنده از درس خارج آیت الله فاضل لنکرانی.

۷۶. شیخ طوسی، الرجال الطوسی، ص ۱۳۸.

۷۷. همو، الفهرست، ص ۲۵۶.

شامی در طریق سند آن موثق است .

سند روایت چهارم نیز در تهذیب عبارت است از: محمد بن الحسن عن محمد بن الحسن الصفار عن الحسن بن موسی الخشاب عن غیاث بن کلوب عن إسحاق بن عمار عن جعفر عن أبیه (ع) أن علیاً (ع)

این روایت هم مانند روایت قبلی موثق است؛ زیرا طریق شیخ به محمد بن الحسن صفار صحیح است^{۷۸} و محمد بن الحسن صفار^{۷۹} و حسن بن موسی خشاب^{۸۰} نیز امامی، ثقة و جلیل هستند؛ منتها غیاث بن کلوب بن فیهس بجلی عامی و ثقة است و از کلام شیخ طوسی در العدة استفاده می شود که وی اگرچه از عامه است، اما شیعه در عمل کردن به روایت امثال وی اجماع دارد؛ البته در صورتی که روایت وی بدون معارض باشد.^{۸۱}

در مورد اسحاق بن عمار نیز به صورت خیلی خلاصه باید گفت که وی همان إسحاق بن عمار بن حیان صیرفی است که بنابر عبارت نجاشی، امامی و ثقة است.^{۸۲} ولی بعضی از فقها همچون علامه،^{۸۳} معتقدند که إسحاق بن عمار بن حیان صیرفی یادشده در کلام نجاشی، همان اسحاق بن عمار سباطی است که در فهرست شیخ طوسی،^{۸۴} فطحی مذهب و در عین حال ثقة شناخته شده است. در مقابل این قول، گروهی از رجالیون از جمله مجلسی اول^{۸۵} و شیخ بهایی،^{۸۶} قائل

۷۸. علوی عاملی، مناهج الاختیار، ج ۳، ص ۳۹۷.

۷۹. نجاشی، رجال النجاشی، ص ۳۵۴؛ علامه حلی، الخلاصه، ص ۱۵۷.

۸۰. نجاشی، رجال النجاشی، ص ۴۲؛ علامه حلی، الخلاصه، ص ۴۲.

۸۱. طوسی، العدة، ج ۱، ص ۱۴۹ و ۱۵۰.

۸۲. نجاشی، رجال النجاشی، ص ۷۱.

۸۳. علامه حلی، الخلاصه، ص ۲۰۱.

۸۴. طوسی، الفهرست، ص ۳۹۲.

۸۵. مجلسی اول، روضة المتقین، ج ۱۴، ص ۵۱.

۸۶. شیخ بهایی، مشرق الشمسین، ص ۲۷۷.

به تفاوت إسحاق بن عمار بن حیان صیرفی و إسحاق بن عمار ساباطی هستند و
 إسحاق بن عمار بن حیان را، امامی ثقة و إسحاق بن عمار ساباطی فطحی را موثق
 می دانند.

بنابراین این دسته از روایات از نظر سند مشکلی ندارند، اما نقد دلالتی این
 احادیث نیز در نظریه مختار روشن خواهد شد.

نقد دلیل قول سوم: تعریف حرز از ابن حمزه، به شهادت صاحب ریاض به
 دلیل فرار از اشکالاتی همچون اشکال ابن ادریس بر قول شیخ در نهاییه (قول اول)
 است؛ چنان که گویا ابن حمزه بین روایاتی که مستند قول شیخ شمرده می شود و
 روایاتی که مستند قول دوم بود، جمع کرده است.^{۸۷} در نتیجه، مناقشاتی که بر
 قول دوم خواهد آمد، بر این قول نیز وارد است.

نقد دلیل قول چهارم: شهید اول،^{۸۸} شهید ثانی^{۸۹} و محقق اردبیلی^{۹۰} پس از
 اینکه در نوشته های خود، سخن علامه در قواعد را در قالب «قیل» آوردند، در
 ادامه، همان اشکالی را که ابن ادریس بر قول شیخ طوسی در نهاییه (قول اول) آورده
 بود، در اینجا نیز می آورند.

علاوه بر اینکه دزد در مکان های عمومی و در مقابل دیدگان مردم، بیش از
 داخل خانه های مقفل در خطر است. پس با توجه به سخن علامه، مکان های
 عمومی باید به طریق اولی - در بسیاری از مواقع - در مقایسه با داخل خانه های
 مقفل، حرز محسوب شوند؛ در حالی که به نظر فقها چنین مکان هایی، که ورود به
 آنها همه جایز است، حرز محسوب نمی شود و سرقت از آنها نیز مستوجب حد

۸۷. طباطبائی، ریاض المسائل، ج ۱۶، ص ۱۰۵.

۸۸. شهید اول، غایة المراد، ج ۴، ص ۲۵۳.

۸۹. شهید ثانی، الروضة البهیة، ج ۹، ص ۲۴۴.

۹۰. مقدس اردبیلی، مجمع الفائدة، ج ۱۳، ص ۲۴۵.

نیست. حتی خود علامه در قواعد، این مکان ها را - مگر به همراه مراعات دائمی - حرز نمی داند.^{۹۱} در حالی که چه بسا سارق در مکان های عمومی به همراه مراعات غیر دائمی نیز در بسیاری از مواقع احساس خطر می کند، لذا این مکان ها حتی با وجود مراعات غیر دائمی، طبق معیار علامه در تبیین حرز، حرز محسوب می شوند. به این ترتیب گفتار علامه نقض می شود.

۳-۴. نظریه مختار در موضوع شناسی حرز

پس از بیان دیدگاه ها و ادله فقها در تبیین عرفی مفهوم و مصادیق و موضوع حرز، پیش از بیان دیدگاه صحیح و دلیل آن، لازم است ابتدا موضوعی روشن شود که در قسمت پایانی این بحث، دیدگاه صحیح نیز آشکار می گردد.

درباره مناسبت حرز با اموال دو نظریه وجود دارد:

نظریه اول: شیخ طوسی معتقد است هر مکانی که حرز برای برخی از اشیا در نظر گرفته شود، برای سایر اشیا نیز حرز است.^{۹۲}

شیخ در خلاف نیز همین نظر را پذیرفته و دو دلیل بر آن آورده است:

دلیل اول: عموم قول خداوند که می فرماید: «والسارق والسارقة فاقطعوا

ایدیهما». ظاهر این عموم، اقتضا می کند که حد قطع بر هر سارقی اجرا

شود؛ مگر سارقانی که به دلیلی از این عموم خارجند.

دلیل دوم: روایتی که حلبی در قطع دست سارق ردای صفوان نقل می کند.

وی روایت می کند: سأله عن الرجل يأخذ اللص يرفعه أو يتركه؟ فقال: ان

صفوان بن أمية كان مضطجعا في المسجد الحرام فوضع ردائه و خرج بهريق

الماء فوجد ردائه قد سرق حين رجع إليه، فقال: من ذهب بردائي؟ فذهب

۹۱. علامه حلی، قواعد الاحکام، ج ۳، ص ۵۶۱.

۹۲. شیخ طوسی، المبسوط في فقه الامامية، ج ۸، ص ۲۲.

یطلبه فاخذ صاحبه فرفعه إلى النبی (ص)، فقال النبی (ص): اقطعوا یدہ
فقال صفوان: أقطع یدہ من أجل ردائی یا رسول اللہ؟ فقال: نعم، قال: فانا
أهبه له، فقال رسول اللہ (ص): فهلاً كان هذا قبل أن ترفعه إلیّ قلت: فالإمام
بمنزلة إذا رفع إلیه، قال: نعم، قال: وسألته عن العفو قبل أن ینتهی إلیه إلی
الامام؟ فقال: حسن؛ از امام صادق (ع) پرسیدم: کسی که دزد را بگیرد،
وی را نزد حاکم ببرد یا رهايش کند؟ امام صادق (ع) فرمودند: صفوان بن
امیه در مسجد الحرام خوابیده بود. بعد از اینکه بیدار شد، ردای خود را
داخل مسجد گذاشت و برای تجدید وضو به بیرون رفت، چون برگشت،
دید ردایش دزدیده شده. گفت چه کسی ردای من را برداشته است؟ دنبال آن
دزد رفت و او را پیدا کرد. او را خدمت حضرت برد و گفت این شخص
ردای من را دزدیده. حضرت فرمود: دستش را قطع کنید. صفوان چون دید
که می خواهند دست آن شخص را قطع کنند، گفت: می خواهید دستش را
به خاطر ردای من قطع کنید؟ حضرت فرمود: بله. صفوان گفت: من او را
بخشیدم. حضرت فرمود: چرا پیش از اینکه او را نزد من بیاوری،
نبخشیدی؟

راوی می گوید: آیا امام هم به منزله نبی است؟ حضرت می فرماید: بله.
راوی می گوید: اگر پیش از اینکه مجرم را نزد امام ببرند، او را ببخشند، چه
حکمی دارد؟ حضرت فرمود: نیکوست. ۹۳

این روایت به چندین طریق از امامیه و عامه نقل شده است؛ در یک نقل از
طرق عامه آمده است که صفوان ردایش را زیر سرش نهاده بود. شیخ در استدلال به
روایت صفوان، بنا را بر این طریق از نقل قرار داده است و در این مورد می نویسد:

۹۳. کلینی، الکافی، ج ۷، ص ۲۵۱، ح ۲؛ شیخ طوسی، تهذیب الاحکام، ج ۱۰، ص ۱۲۳،
ح ۴۹۴؛ همو، الاستبصار، ج ۴، ص ۲۵۱، ح ۹۵۲.

«مسجد، حرز به شمار نمی رود؛ ولی از آنجا که صفوان، ردا را زیر سرخودش قرار داده بود، این زیر سر قرار دادن، حرز برای ردا محسوب می شود».^{۹۴}

شیخ با توجه به این دو دلیل نتیجه می گیرد که هیچ دلیلی برای مناسبت داشتن حرز با اشیاء وجود ندارد.

گروه دیگری از فقها، از جمله ابن ادریس در سرائر^{۹۵} و علامه در تحریر^{۹۶} نیز از جمله قائلان به این قول هستند.

نظریه دوم: در برابر این قول، عده ای دیگر از فقها^{۹۷} قائل به مناسبت حرز با اشیاء هستند؛ چنان که صاحب ریاض ادعا می کند اکثریت فقها قائل به مناسبت حرز با اشیاء و اختلاف حرز به اختلاف اموال هستند.^{۹۸}

شهید ثانی در روضه^{۹۹} در این مورد معتقد است که سزاوار آن است که در مناط و ملاک حرز، به عرف رجوع شود. پس از مراجعه روشن می شود که اهل عرف در اموال مختلف، حرزهای متعدد و مختلفی قائلند؛ برای مثال، حرز پول های نقد و جواهرات، صندوق های قفل دار بوده است؛ در حالی که حرز اقمشه و البسه، اتاق ها یا خزانة های قفل شده مغازه ها و خانه ها بوده؛ اگرچه در این مغازه ها و خانه ها باز باشد. شهید در مسالک در نقد نظریه اول می نویسد: «ولایخفی ما فیه».^{۱۰۰} صاحب

۹۴. شیخ طوسی، الخلاف، ج ۵، ص ۴۲۰.

۹۵. ابن ادریس حلی، السرائر، ج ۳، ص ۴۸۳.

۹۶. علامه حلی، تحریر الاحکام، ج ۲، ص ۲۲۹.

۹۷. ابن حمزه طوسی، الوسیله، ص ۴۱۷؛ علامه حلی، قواعد الاحکام، ج ۳، ص ۵۶۱؛

همو، مختلف الشیعه، ج ۹، ص ۲۱۳؛ فخر المحققین، ایضاح الفوائد، ج ۴، ص ۵۲۹.

۹۸. طباطبائی، ریاض المسائل، ج ۱۶، ص ۱۰۵.

۹۹. شهید ثانی، الروضة البهیة، ج ۹، ص ۲۴۵.

۱۰۰. همو، مسالک الافهام، ج ۱۴، ص ۴۹۴.

ریاض نیز در این باره نوشته است: «و هو مع شذوذه کماتری».^{۱۰۱} این کلام، کنایه از نهایت انتقاد به نظریه اول است. صاحب جواهر نیز در رد قول شیخ، اختلاف حرز براساس اختلاف اموال را از نظر عرفی، از جمله واضحات دانسته و نتیجه می گیرد که حرز طلا و نقره از نظر عرف، غیر از حرز چهارپایان و چوب و امثال اینهاست.^{۱۰۲} حتی ظاهر کلام شیخ در مبسوط نیز به فرموده فخر المحققین، بیانگر آن است که وی در این مطلب مردد بوده است؛^{۱۰۳} زیرا قبل از بیان عدم اعتبار مناسبت حرز با اشیا، می فرماید: «فما كان حرز لمثله في العرف ففيه القطع و ما لم يكن حرز لمثله في العرف فلا قطع لانه ليس بحرز»^{۱۰۴} لذا شیخ در ابتدا، قائل به اختلاف پیدا کردن حرز براساس اختلاف اموال است؛ چنان که بعضی از فقها از جمله شهید ثانی در مسالک، این قول را به شیخ در مبسوط نسبت می دهند.^{۱۰۵}

اما در مقام نقد و بررسی روایت صفوان، باید گفت که این روایت از جمله روایاتی است که به حسب ظاهر، بر عدم اشتراط محرز بودن اموال در سرقت مستوجب حد، دلالت می کند؛ زیرا مسجدالحرام، مکانی عمومی و محل رفت و آمد مسلمانان است. بنابراین ردای صفوان قطعاً در حرز نبوده است. در نتیجه این روایت می تواند دلیل بر آن باشد که سارق از هر مکانی که سرقت کند، چه مکان های محرز و چه غیر محرز، حد قطع بر وی اجرا می شود.^{۱۰۶} فقها در مقام توجیه این روایت و امثال آن، پاسخ های مختلفی داده اند که آوردن آنها به همراه نقد و بررسی، بسی طولانی خواهد بود و نیازمند تحقیق مستقلی است. به هر حال

۱۰۱. طباطبایی، ریاض المسائل، ج ۱۶، ص ۱۰۶.

۱۰۲. محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۴۱، ص ۵۰۰.

۱۰۳. فخر المحققین، ایضاح الفوائد، ج ۴، ص ۵۳۰.

۱۰۴. شیخ طوسی، المبسوط فی فقه الامامیه، ج ۸، ص ۲۲.

۱۰۵. شهید ثانی، مسالک الافهام، ج ۱۴، ص ۴۹۴.

۱۰۶. همان، ص ۴۹۷.

روایت صفوان در دلالت کردن بر اشتراط حرزیت اموال در سرقت مستوجب حد، دارای تردید است و از این رو فقها آن را در زمره روایاتی قرار داده‌اند که بر عدم اشتراط حرزیت اموال در سرقت مستوجب حد دلالت دارد و سپس به نقد و بررسی آن پرداخته‌اند. حتی در مقام تحقیق، هیچ وجه توجیهی برای آن نبوده و در نتیجه بر اثر تعارض به دلیل موافقت شهرت با مضمون روایات دال بر اعتبار حرزیت اموال در سرقت مستوجب حد، طرد می‌شود.

بنابراین پس از تفحص در کلام فقها نتیجه می‌گیریم که با توجه به عرف، بین حرز و اشیاء باید مناسبت وجود داشته باشد؛ در غیر این صورت سرقت از آن حرز نمی‌تواند موجب اجرای حد شود.

البته مراد از مناسبت اموال با حرز، آن نیست که حرز حتماً باید بر حسب معمول و عادت، محل حفاظت اموال به شمار رود؛ بلکه باید به گونه‌ای باشد که عرف آن را برای محافظت از اموال کافی بداند؛ اگرچه شیوه معمول حفاظت از آن اموال نیز شمرده نشود. همچنین از آنجا که معیار در مناسبت، عرف در نظر گرفته می‌شود، ممکن است قضاوت عرف در مکان و زمانی، با مکان و زمان‌های دیگر متفاوت باشد.

پس از روشن شدن این مسئله باید گفت: چنان که گذشت، قول اول و چهارم، مورد اشکال تعدادی از فقها قرار گرفته بود. بنابراین با وجود این اشکالات، هیچ یک از این نظریه‌ها نمی‌توانند به عنوان قول صحیح در تبیین مفهوم و مصادیق و موضوع عرفی حرز در نظر گرفته شوند. اما در مورد قول دوم، با توجه به کلام فقها در اشکال بر قول شیخ که در ابتدای نظریه مختار (در بحث تناسب بین حرز و اشیاء) گذشت، قول صحیح در تعریف و تبیین موضوع حرز، یعنی قول پنجم، و صحیح نبودن قول دوم در تبیین موضوع و مفهوم و مصادیق حرز نیز روشن می‌شود؛ زیرا چنان که پیشتر گذشت، ظاهر قول این گروه از فقها بلکه نظر

صریح بعضی از آنها از جمله ابن ادریس، منحصر کردن حرز به مکان های قفل شده یا بسته شده یا مکانی است که مال در آن دفن شده است؛ در حالی که همان طور که پیشتر نیز گذشت، ملاک و مناط در حرز رجوع به عرف می باشد به طوری که تمامی فقها بر آن اجماع دارند.

با مراجعه به عرف متوجه می شویم که مفهوم و مصادیق حرز در موارد سه گانه مذکور منحصر نیست، بلکه مواردی همچون مخفی کردن چیزی از انظار و دیدگان مردم، زیر فرش یا داخل کتاب و یا بعضی از کارهایی که مالک برای مراقبت از گوسفندان و شتران در بیابان انجام می دهد^{۱۰۷} نیز از نظر عرفی حرز محسوب می شوند، خصوصاً با توجه به اینکه جوامع بشری در سیر تکاملی خود دائماً در امور عرفی تغییراتی ایجاد کرده و قادر است اشکال آن را تغییر دهد؛^{۱۰۸} لذا موارد و مصادیق حرز به مراتب با توجه به مقتضای عرف، می تواند بیشتر از موارد سه گانه مذکور در نظر گرفته شوند و آوردن این موارد در روایات حرز، تنها از باب مثال می باشد و هیچ خصوصیتی ندارند. در نتیجه با توجه به عرفی بودن معنای حرز می توان از موارد این روایات، الغای خصوصیت کرد و آن را به موارد دیگری که در عرف حرز تلقی می شود، توسعه داد؛ نه اینکه حرز منحصر به این موارد بوده و در نتیجه عمل به این روایات از باب تعبد باشد.^{۱۰۹} البته این موارد سه گانه با رعایت مناسبت با اشیا، به صورت یقینی حرز محسوب می شوند؛ ولی اینکه حرز منحصر

۱۰۷. البته تحقیق در حرزیت مراعات مالک، نیازمند به تحقیق مستقلاً است؛ ولی در مقام نتیجه گیری می توان گفت که بعضی از مراتب آن بر اساس عرف، حرز تلقی می شود. (برای تبیین این بحث ر. ک: سید مجتبی حسین نژاد، بررسی فقهی قاعده حرز (لا قطع إلا فی الحرز) در سرقت، رساله علمی سطح ۴ حوزه علمیه قم، سال دفاع ۱۳۹۱)

۱۰۸. مغنیه، علم اصول الفقه، ص ۲۲۲.

۱۰۹. شهید ثانی، مسالک الافهام، ج ۱۴، ص ۵۰۶؛ مقدس اردبیلی، مجمع الفائده، ج ۱۳، ص ۲۳۹؛ فاضل لنکرانی، تفصیل الشریعة، الحدود، ص ۵۳۳ و ۵۳۴.

به این موارد باشد، نمی تواند مقتضای عرف در نظر گرفته شود. از اینجاست که صاحب جواهر نیز ذیل کلام محقق ثانی که حرز را منحصر به موارد سه گانه کرده، می فرماید: «أو نحوها مما يعدّ في العرف حرزاً لمثله»،^{۱۱۰} علاوه بر اینکه بعضی از فقهای قائل به انحصار حرز در موارد سه گانه، همچون ابن ادریس،^{۱۱۱} قائل به تناسب حرز با اشیا نیز نیستند که نقد این قول نیز گذشت. حال با مناقشه در قول دوم، وجه اشکال در قول سومی که جمع بین قول اول و دوم است نیز روشن می شود؛ زیرا عین همین اشکالات، چنان که گذشت، بر این قول نیز وارد است. بنابراین می توان نتیجه گرفت که نظر صحیح و جامع میان دیدگاه ها در تبیین مفهوم و مصادیق و موضوع شناسی حرز، نظریه پنجم است؛ زیرا در این نظریه: اولاً، حرز منحصر به موارد سه گانه در قول دوم نیست؛ بلکه غیر از این موارد، موارد دیگری هم که در عرف حرز به شمار می آیند، حرز محسوب می شوند.

ثانیاً، تناسب بین حرز و اشیا نیز در این دیدگاه در نظر گرفته شده است. بنابراین از آنجا که معیار در حرز، به دلیل روشن نبودن حدود آن در شرع، عرف در نظر گرفته می شود، ممکن است قضاوت عرف در مکان و زمان و نیز در مورد اشخاصی با مکان ها و زمان ها و اشخاص دیگر متفاوت باشد. بدین ترتیب در یک روستا و منطقه دور افتاده، پرچین ها یا در بسته شده می تواند حرز مقدار زیادی پول نقد شمرده شود؛ در حالی که در یک شهر بزرگ با امکانات کافی، حرز مبلغ زیادی پول، گاوصندوق یا امثال آن است. همین طور یک پارکینگ عمومی که روزها در آن باز و ورود به آن برای همه مجاز است، در این مقطع از زمان حرز محسوب نمی شود، ولی در شب که در آن بسته است، حرز به شمار می رود.

۱۱۰. محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۴۱، ص ۴۹۹.

۱۱۱. ابن ادریس حلی، السرائر، ج ۳، ص ۴۸۳.

همچنین یک مدرسه که در آن بسته است، برای دانش آموزانش که اجازه ورود به داخل مدرسه را دارند، حرز نیست، ولی برای دیگران حرز محسوب می شود. تبصره ۱ ماده ۲۶۹ قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲ در تبیین حرز آورده است: «حرز عبارت از مکان متناسبی است که مال عرفاً در آن از دستبرد محفوظ می ماند».

با توجه به این عبارت، گویا قانون گذار نیز از سخنان فقهای قائل به نظریه پنجم پیروی کرده است و حرز را منحصر در سخنان قائلان به نظریه اول و دوم و سوم و چهارم ندانسته؛ بلکه هر چیزی را که از نظر عرفی، باعث مصونیت اموال از دستبرد سارقان می شود، حرز در نظر گرفته است.

نکته مهم در اینجا این است که تعریف یاد شده از فقهای قائل به قول پنجم، با اینکه می تواند بهترین تعریف در تبیین مفهوم و مصادیق عرفی حرز در نظر گرفته شود، باز هم یک تعریف تام محسوب نمی شود؛ زیرا این تعریف، گذشته از اینکه قیود حد تام، همچون مصونیت معرف از دور را ندارد، در صدق آن بر بعضی مصادیقش نیز ابهام و شبهه دارد؛ زیرا در بعضی مواقع به سبب اختلافات عرفی، مفهوم حرز دارای شبهه و ابهام است. بنابراین در مقام نتیجه گیری می توان گفت: بیان یک تعریف مناسب درباره حرز که در تمامی موارد تطبیق مفهوم حرز بر مصادیقش خالی از هرگونه ابهام و شبهه باشد، کاری دشوار و چه بسا ناممکن است؛ به طوری که بیشتر تردیدهای فقها و اختلاف نظر آنها در مباحث و فروع مربوط به شرایط سرقت مستوجب حد، به ویژه فروع مربوط به حرز، به تفاسیر مختلف از مفهوم حرز در تطبیق آن بر مصادیق عرفی اش باز می گردد.^{۱۱۲} حال با حفظ تمامی این مطالب، با توجه به عرفی بودن مفهوم حرز، در صورتی که در بعضی از صور مسئله در صدق حرز شک داشته باشیم، حد قطع بر سارق اجرا

۱۱۲. راشد صیمری، غایة المرام، ج ۴، ص ۳۴۶.

نمی‌شود. البته بررسی دقیق این مطلب، خود نیازمند تحقیقی مستقل است؛ ولی به صورت خلاصه باید گفت: بنابر تحقیق، شبهه مفهومیه، و امر نیز دائر بین اقل و اکثر است و مخصص نیز منفصل است و به تبع آن علی القاعده باید به عموم آیه سرقت تمسک شود و حد قطع در این هنگام بر سارق اجرا گردد؛ ولی با توجه به اینکه حرزیت اموال با در نظر گرفتن روایت صحیحہ محمد بن مسلم^{۱۱۳}، داخل در مفهوم سرقت بوده و به تبع آن، آیه سرقت^{۱۱۴} عموم خود را از دست داده و دیگر تمسک به آن جایز نخواهد بود، لذا در این هنگام به دلیل شبهه و حیرت و سرگردانی، با تمسک جستن به مقتضای قاعده درء، حد قطع در موارد مشکوک از سارق ساقط می‌شود.

۱۱۳. عن محمد بن مسلم، قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع): فِي كَمْ يُقَطَّعُ السَّارِقُ؟ قَالَ: فِي رُبْعٍ دِينَارٍ قَالَ: قُلْتُ لَهُ: فِي دُرْهَمَيْنِ؟ قَالَ: فِي رُبْعٍ دِينَارٍ - بَلَّغَ الدِّينَارُ مَا بَلَغَ - قَالَ: قُلْتُ لَهُ: أَرَأَيْتَ مَنْ سَرَقَ أَقْلَ مَنْ رُبْعٍ دِينَارٍ هَلْ يَقَعُ عَلَيْهِ حِينَ سَرَقَ اسْمُ السَّارِقِ؟ وَهَلْ هُوَ عِنْدَ اللَّهِ سَارِقٌ فِي تِلْكَ الْحَالِ؟ فَقَالَ: كُلُّ مَنْ سَرَقَ مِنْ مُسْلِمٍ شَيْئاً قَدْ حَوَاهُ وَآخِرُزَّهُ فَهُوَ يَقَعُ عَلَيْهِ اسْمُ السَّارِقِ وَهُوَ عِنْدَ اللَّهِ سَارِقٌ وَلَكِنْ لَا يُقَطَّعُ إِلَّا فِي رُبْعٍ دِينَارٍ أَوْ أَكْثَرَ وَلَوْ قُطِعَتْ أَيْدِي السَّرَّاقِ فِيمَا هُوَ أَقْلَ مَنْ رُبْعٍ دِينَارٍ لَأَلْفَيْتَ عَامَّةَ النَّاسِ مُقَطَّعِينَ. (کلینی، کافی، ج ۷، ص ۲۲۱، ح ۶؛ شیخ طوسی، تهذیب الاحکام، ج ۱۰، ص ۹۹، ح ۳۸۴؛ همو، الاستبصار، ج ۱۰، ص ۲۳۸، ح ۸۹۶)

محمد بن مسلم می‌گوید: از امام صادق (ع) سؤال کردم، در چه مقداری دست دزد قطع می‌شود؟ فرمود: در ربع دینار، عرض کردم: دو درهم؟ فرمود: در ربع دینار؛ قیمت دینار به هر اندازه برسد. عرض کردم: آیا بر کسی که کمتر از ربع دینار سرقت کرده، عنوان دزد صدق می‌کند و نزد خداوند، سارق محسوب می‌شود؟ فرمود: هر کسی از مال مسلمانی، چیزی را که در حرز و محفظه‌ای نگهداری می‌کند، بدزدد، عنوان سارق بر او اطلاق می‌شود و نزد خداوند، سارق است؛ ولی برای او کیفر قطع دست نیست مگر در ربع دینار یا بیشتر. اگر دست سارقان در کمتر از ربع دینار، بریده می‌شد عموم مردم را دست بریده می‌یافتی. در این روایت مرجع ضمیر فاعلی «قَدْ حَوَاهُ وَآخِرُزَّهُ» قطعاً مسلم (المسروق عنه) است و به تبع آن حرزیت اموال با توجه به این روایت از جمله ارکان مفهوم سرقت و داخل در ماهیت آن است. (فاضل لنکرانی، تفصیل الشریعه، الحدود، ص ۵۳۳-۵۳۵)

۱۱۴. مائده، آیه ۳۸.

منابع و مأخذ

١. قرآن كريم.
٢. ابن اثير، مجدالدين، النهاية في غريب الحديث والاثر، بى جا، مؤسسه مطبوعاتى اسماعيليان، بى تا.
٣. ابن ادریس حلی، ابوجعفر محمد بن منصور بن احمد، السرائر، قم دفتر انتشارات اسلامى، ١٤٠٦ هـ. ق.
٤. ابن زهره حسینی حلبی، حمزة بن علی بن زهره، غنية النزوع إلى علمي الاصول والفروع، قم، مؤسسه امام صادق (ع)، ١٤١٧ هـ. ق.
٥. ابن طاووس، علی بن موسى، فلاح السائل، قم، بوستان كتاب، ١٤٠٦ هـ. ق.
٦. ابن غضائری، ابو الحسن احمد بن ابی عبد الله، الرجال، بى جا، بى تا.
٧. ابن منظور مصری، محمد بن مکرم، لسان العرب، بیروت، دار الفكر، ١٤١٤ هـ. ق.
٨. ابن ابی جمهور احسائی، محمد بن علی، عوالی اللئالی العزیزية، قم، دار سید الشهداء، ١٤٠٥ هـ. ق.
٩. بحر العلوم، سید محمد مهدی بن سید مرتضی، الفوائد الرجالیة، تهران، مكتبة الصادق، ١٣٦٣ هـ. ش.
١٠. بهبهانی، آقا محمد علی بن وحید، الفوائد الحائریة، قم، مجمع الفكر الاسلامي، ١٤٢١ هـ. ق.
١١. تبریزی، جواد بن علی، ارشاد الطالب في شرح المكاسب، قم، مؤسسه اسماعيليان، ١٤١٦ هـ. ق.
١٢. _____، تنقيح مباني العروة - كتاب الطهارة، قم، دار الصديقة الشهيدة (س)، ١٤٢٦ هـ. ق.

۱۳. ترابی شهرضایی، علی اکبر، آیین کیفری اسلام (درس های خارج فقه آیت الله العظمی حاج شیخ محمد فاضل لنکرانی)، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار(ع)، بی تا.
۱۴. تمیمی مغربی ابو حنیفه نعمان بن محمد، دعائم الإسلام، قم، مؤسسه آل البيت(ع)، ۱۳۸۵هـ. ش.
۱۵. جناتی، ابراهیم، منابع اجتهاد از دیدگاه مذاهب اسلامی، تهران، انتشارات کیهان، ۱۳۷۰هـ. ش.
۱۶. جوهری، اسماعیل بن حمّاد، الصّحاح، بیروت، بی نا، ۱۴۱۸هـ. ق.
۱۷. حائری مازندرانی، محمد بن اسماعیل، منتهی المقال في أحوال الرجال، قم، مؤسسه آل البيت(ع)، ۱۴۱۶هـ. ق.
۱۸. حر عاملی، محمد بن الحسن، وسائل الشیعة، قم، مؤسسه آل البيت(ع) لإحياء التراث، ۱۴۰۹هـ. ق.
۱۹. حسین نژاد، سید مجتبی، بررسی فقهی قاعده حرز (لا قطع إلا في الحرز) در سرقت، رساله علمی سطح ۴ حوزه علمیه قم، سال دفاع ۱۳۹۱هـ. ش.
۲۰. _____، تقریرات درس خارج فقه آیت الله العظمی فاضل لنکرانی.
۲۱. حسینی زبیدی واسطی، محمد مرتضی، تاج العروس، بیروت، دار الفکر، ۱۴۱۴هـ. ق.
۲۲. حلبی، ابوصلاح تقی الدین، الکافي في الفقه، بی جا، بی نا، ۱۴۰۳هـ. ق.
۲۳. حلّی، جمال الدین احمد بن محمد، المذهب البارع، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷هـ. ق.
۲۴. علامه حلّی، الحسن بن یوسف بن مطهر، إرشاد الاذهان، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰هـ. ق.
۲۵. _____، تبصرة المتعلمين، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۱۱هـ. ق.

۲۶. _____، تحرير الاحكام، بى جا، بى نا، بى تا.
۲۷. _____، الخلاصه، بى جا، بى نا، بى تا.
۲۸. _____، قواعد الاحكام، قم، دفتر انتشارات اسلامى، ۱۴۱۳هـ. ق.
۲۹. _____، مختلف الشيعة، قم، دفتر انتشارات اسلامى، ۱۴۱۳هـ. ق.
۳۰. _____، منتهى المطلب في تحقيق المذهب، مشهد، مجمع البحوث الاسلاميه، ۱۴۱۲هـ. ق.
۳۱. فخر المحققين، محمد بن الحسن بن يوسف بن مطهر حلى، ايضاح الفوائد في شرح اشكالات القواعد، قم، مؤسسه اسماعيليان، ۱۳۸۷هـ. ش.
۳۲. محقق اول، نجم الدين جعفر بن الحسن، شرائع الاسلام، قم، مؤسسه اسماعيليان، ۱۴۰۸هـ. ق.
۳۳. _____، المختصر النافع في فقه الاماميه، قم، مؤسسة المطبوعات الدينيه، ۱۴۱۸هـ. ش.
۳۴. _____، نكت النهايه، قم، دفتر انتشارات اسلامى، ۱۴۱۲هـ. ق.
۳۵. _____، الجامع للشرائع، بى جا، بى نا، بى تا.
۳۶. حلى، يحيى بن سعيد، نزهة الناظر في الجمع بين الاشباه والنظائر، بى جا، بى نا، بى تا.
۳۷. خواجهي، محمد اسماعيل، الفوائد الرجالية، مشهد، مجمع البحوث الاسلاميه، ۱۴۱۳هـ. ق.
۳۸. خوانسارى، سيد احمد، جامع المدارك، قم، مؤسسه اسماعيليان، ۱۴۰۵هـ. ق.
۳۹. دهخدا، على اكبر، لغت نامه، تهران، دانشگاه تهران، بى تا.
۴۰. راشد صيمرى بحراني، مفلح بن الحسن بن رشيد بن صلاح، غاية المرام، بيروت، دارالهادى، ۱۴۲۰هـ. ق.
۴۱. راوندى، قطب الدين سعيد بن عبدالله، فقه القرآن، قم، مكتبة آيت الله

- المرعشي النجفي، ۱۴۰۵هـ. ق.
۴۲. سبحانی تبریزی، جعفر، أصول الحديث و أحكامه في علم الدراية، قم، مؤسسه نشر اسلامی، بی تا.
۴۳. ———، تهذيب الاصول (تقريرات درس خارج اصول امام خميني)، قم، دار الفكر، ۱۳۶۷هـ. ش.
۴۴. سبزواری، سيد عبدالاعلی، مهذب الاحكام، قم، دفتر آيت الله سبزواری، ۱۴۱۳هـ. ق.
۴۵. سلمی سمرقندی، ابو النضر محمد بن مسعود بن عیاش، تفسير العیاشی، تهران، المكتبة العلمية الاسلامية، بی تا.
۴۶. فاضل مقداد، جمال الدين مقداد بن عبدالله سيوري، التنقيح الرائع، قم، كتابخانه آيت الله مرعشي نجفی، ۱۴۰۴هـ. ق.
۴۷. ———، كنزالعرفان في فقه القرآن، بی جا، بی نا، بی تا.
۴۸. شبیری زنجانی، سيد موسى، كتاب نکاح، قم، مؤسسه پژوهشی رأی پرداز، ۱۴۱۹هـ. ق.
۴۹. شريف مرتضى، ابوالقاسم على بن الحسين موسى، الانتصار، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳هـ. ق.
۵۰. ———، الذريعة إلى أصول الشريعة، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۶۳هـ. ش.
۵۱. شيخ مفيد، محمد بن محمد بن نعمان بغدادی، المقنعه، قم، کنگره جهانی هزاره شيخ مفيد، ۱۴۱۳هـ. ق.
۵۲. طباطبائی، سيد على بن محمد، رياض المسائل، قم، مؤسسه آل البيت(ع)، ۱۴۱۸هـ. ق.
۵۳. قاضی ابن برآج طرابلسی، عبدالعزيز، المهذب، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۶هـ. ق.

۵۴. طریحی، فخرالدین، مجمع البحرين، تهران، کتابفروشی مرتضوی، ۱۴۱۶هـ. ق.
۵۵. طوسی، ابوجعفر محمد بن الحسن، الاستبصار، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۹۰هـ. ق.
۵۶. _____، الخلاف، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳هـ. ق.
۵۷. _____، العدة، قم، چاپخانه ستاره، ۱۴۱۷هـ. ق.
۵۸. _____، التبیان في تفسير القرآن، بیروت، داراحیاء التراث العربی، بی تا.
۵۹. _____، تهذیب الأحکام، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷هـ. ق.
۶۰. _____، الرجال، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۷هـ. ق.
۶۱. _____، الفهرست، نجف اشرف، المكتبة المرتضوية، بی تا.
۶۲. _____، المبسوط في فقه الامامیه، تهران، المكتبة المرتضوية، ۱۳۸۷هـ. ش.
۶۳. _____، النهاية في مجرد الفقه و الفتاوى، بیروت، دارالکتب العربی، ۱۴۰۰هـ. ق.
۶۴. طوسی (ابن حمزه)، محمد بن علی بن حمزه، الوسيلة إلى نيل الفضيلة، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۸هـ. ق.
۶۵. عاملی، ابوجعفر محمد بن الحسن، استقصاء الاعتبار، قم، مؤسسه آل البيت (ع) لاحیاء التراث، ۱۴۱۹هـ. ق.
۶۶. شهید ثانی، زین الدین بن علی عاملی، حاشیه المختصر النافع، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۲۲هـ. ق.
۶۷. _____، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۲هـ. ق.
۶۸. _____، مسالك الافهام، قم، مؤسسة المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳هـ. ق.
۶۹. شیخ بهایی، محمد بن الحسین عاملی، الحاشية على من لا يحضره الفقيه،

- قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، ۱۴۲۴ هـ. ق.
۷۰. ———، مشرق الشمسين، مشهد، آستان قدس رضوی، ۱۳۷۲ هـ. ش.
۷۱. شهید اول، محمد بن مکى عاملی، اللمعة الدمشقية، بیروت، دارالتراث، ۱۴۱۰ هـ. ق.
۷۲. شیخ صدوق، محمد بن علی بن بابویه قمی، کتاب من لایحضره الفقیه، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ هـ. ق.
۷۳. ———، المقنع، قم، مؤسسه امام هادی (ع)، ۱۴۱۵ هـ. ق.
۷۴. ———، غایة المراد و حاشیة الارشاد، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۴ هـ. ق.
۷۵. علوی عاملی، میر سید احمد، مناهج الأخیار، قم، مؤسسه اسماعیلیان، بی تا.
۷۶. علوی، سید عادل، احکام السرقة على ضوء القرآن والسنة (تقریرات درس خارج آیت الله العظمی مرعشی نجفی)، بی جا، بی نا، بی تا.
۷۷. علیدوست، ابوالقاسم، فقه و عرف، تهران، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۵ هـ. ش.
۷۸. عمید، حسن، فرهنگ فارسی عمید، تهران، امیرکبیر، ۱۳۶۳ هـ. ش.
۷۹. فاضل آبی، حسن بن ابی طالب ابن ابی المجد یوسفی، کشف الرموز فی شرح المختصر النافع، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ هـ. ق.
۸۰. فاضل لنکرانی، محمد، تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیله - الحدود، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار (ع)، ۱۴۲۲ هـ. ق.
۸۱. فاضل هندی، محمد بن الحسن، کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الاحکام، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ هـ. ق.
۸۲. فراهیدی، خلیل بن احمد، کتاب العین، قم، منشورات الهجرة، ۱۴۱۰ هـ. ق.

۸۳. فقعی، علی بن علی بن محمد بن طیّ، الدر المنضود فی معرفة صیغ النیات و الإیقات و العقود، قم، مکتبة إمام العصر (عج) العلمیة، ۱۴۱۸هـ. ق.
۸۴. فیروز آبادی، محمد بن یعقوب، قاموس المحيط، بیروت، دار الجبل، بی تا.
۸۵. فیض کاشانی، محمد محسن بن شاه، مفاتیح الشرایع، بی جا، بی نا، بی تا.
۸۶. فیومی، احمد بن محمد، المصباح المنیر، قم، دارالرضی، بی تا.
۸۷. قمی سبزواری، علی مؤمن، جامع الخلاف والوفاق، قم، زمینه سازان ظهور امام عصر (ع)، ۱۴۲۱هـ. ق.
۸۸. کریمی جهرمی، علی، الدر المنضود فی أحكام الحدود (تقریرات درس خارج آیت الله العظمی گلپایگانی)، قم، دار القرآن الکریم، ۱۴۱۲هـ. ق.
۸۹. کشی، ابو عمرو محمد بن عمر بن عبد العزیز، رجال الکشی، مشهد، دانشگاه مشهد، بی تا.
۹۰. کلینی رازی، ابوجعفر محمد بن یعقوب بن اسحاق، الکافی، بی جا، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷هـ. ق.
۹۱. کیدری، قطب الدین محمد بن الحسین، اصباح الشیعة بمصباح الشریعه، قم، مؤسسه امام صادق (ع)، ۱۴۱۶هـ. ق.
۹۲. مامقانی، عبدالله، تنقیح المقال، بی نا، بی تا.
۹۳. مجلسی اول، محمد تقی بن مقصود، روضة المتقین فی شرح من لایحضره الفقیه، قم، مؤسسه کوشانپور، ۱۴۰۶هـ. ق.
۹۴. _____، یک دوره فقه کامل فارسی، تهران، مؤسسه انتشارات فراهانی، ۱۴۰۰هـ. ق.
۹۵. مجلسی دوم، مولی محمد باقر بن مولی محمد تقی، مرآة العقول فی شرح اخبار آل الرسول، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۴۰۴هـ. ق.

۹۶. _____، ملاذ الاخيار في فهم تهذيب الاخبار، قم، كتابخانه آيت الله مرعشي نجفی، ۱۴۰۶ ق.
۹۷. مغنیه، محمد جواد، علم اصول الفقه في ثوبة الجديدة، بی جا، بی نا، بی تا.
۹۸. مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائدة والبرهان في شرح ارشاد الاذهان، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ هـ. ق.
۹۹. موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم، فقه الحدود و التعزیرات، بی جا، مکتبه امیرالمؤمنین، ۱۴۱۳ هـ. ق.
۱۰۰. موسوی بجنوردی، سیدحسن، منتهی الاصول، بی جا، کتابفروشی بصیرتی، بی تا.
۱۰۱. موسوی خمینی، سید روح الله، تحریر الوسیله، قم، مؤسسه دارالعلم، بی تا.
۱۰۲. موسوی خمینی، سید مصطفی، تحریرات في الاصول، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۱۸ هـ. ق.
۱۰۳. موسوی خویی، سید ابوالقاسم، مصباح الاصول، قم، نشر الفقاهة، ۱۳۸۰ هـ. ش.
۱۰۴. _____، معجم رجال الحديث، بی جا، بی نا، بی تا.
۱۰۵. نجاشی، أبو العباس أحمد بن علی، رجال النجاشی، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ هـ. ق.
۱۰۶. نجفی، محمد حسن بن باقر، جواهر الکلام في شرح شرائع الاسلام، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی تا.
۱۰۷. نراقی، میرزا ابو القاسم بن محمد بن احمد، شعب المقال، قم، کنگره بزرگداشت نراقی، ۱۴۲۲ هـ. ق.
۱۰۸. نوری، میرزا حسین، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، بیروت، مؤسسه آل البيت (ع) لاحیاء التراث، ۱۴۰۸ هـ. ق.

آثار فقهی شیعه

در عصر حضور معصومان (ع)

○ مسعود امامی *

چکیده

اولین و بیشترین آثار فقهی شیعه قبل از عصر غیبت، آثار روایی هستند. مهم ترین این آثار به اصول اربع مأه شهرت یافتند. در عین حال دانشمندانی مانند یونس بن عبدالرحمن و فضل بن شاذان در آن دوران به تألیف آثار مستقل فقهی و غیر روایی نیز پرداختند. علاوه بر این، نظرات و اجتهادات اصحاب دانشمندان ائمه علیهم السلام ذیل برخی روایات در شرح و تفسیر سخنان آنان، حل اختلاف اخبار و تبیین قواعد فقهی استنباط شده از روایات، نمونه های روشنی از شکل گیری آثار فقهی غیرروایی در آن عصر است.

کلید واژگان: اصل، مصنف، اصول اربع مأه، روایت مضمّر، روایت موقوف، یونس بن

عبدالرحمن، فضل بن شاذان.

* دانش آموخته حوزه علمیه قم.

تاریخ آغاز کتابت فقه شیعه به عصر پیامبر اکرم (ص) باز می گردد و تا زمان حاضر استمرار می یابد. بررسی اجمالی سیر تدوین متون فقهی شیعه در عصر حضور معصومان (ع)، یعنی تا آغاز عصر غیبت، موضوع این نوشتار است.

آثار فقهی شیعه به دو قسم آثار روایی و آثار غیر روایی تقسیم می شوند. آثار روایی مانند کتب اربعه متونی هستند که بر محور نقل روایات از معصومان (ع) تدوین یافته اند و آثار غیر روایی، کتاب ها و رساله هایی هستند که بر محور آراء و اجتهادات نویسندگان آنها تألیف شده اند. همانطور که در بیشتر آثار غیر روایی کم و بیش روایات معصومان (ع) نقل شده است، در بیشتر آثار روایی نیز می توان آراء و اجتهادات نویسندگان آنها و غیر ایشان را در میان روایات منقول یافت. پس مبنای تقسیم آثار فقهی به روایی و غیر روایی این است که اگر محور اصلی و وجه غالب متن فقهی، نقل روایات باشد، آن اثر در زمره آثار روایی جای می گیرد و اگر محور اصلی متن، روایات نباشد از آثار غیر روایی شمرده می شود.

اینک به بررسی هر دو قسم آثار فقهی شیعه از صدر اسلام تا سال ۲۶۰ هجری که سال آغاز عصر غیبت است می پردازیم.

۱. آثار روایی

به طور طبیعی در زمان حضور انسان معصوم - اعم از پیامبر (ص) یا امام (ع) - محور دانش دینی مسلمانان، گفتار و کردار ایشان بود؛ زیرا به حکم عقل، شخصیتی که مصون از جهل و خطا است، برترین و معتبرترین مرجع علمی است. از این رو، شنیدن سخنان او و نظر به رفتار و نقل آنها، محور تلاش های علمی مسلمانان در همه دانش های اسلامی شد.

بنابراین، نقل احادیث معصومان (ع) یا به عبارت دیگر، دانش حدیث در

عَرَض سایر علوم اسلامی نیست، بلکه حجت و مرجع علمی همه آنها از جمله فقه، کلام، اخلاق، تاریخ و تفسیر است. دانش فقه نیز در عصر حضور معصومان(ع) بر محور شنیدن و نقل روایات شکل گرفت. به همین سبب، نخستین آثار فقهی در میان مسلمانان از جمله شیعیان، صبغه روایی داشت.

الف. نخستین آثار روایی

نخستین کتاب حدیث تألیف شده توسط شیعیان درباره مسائل فقهی متعلق به ابورافع (م ۴۰) صحابی و برده آزاد شده پیامبر اکرم(ص) و خزانه دار امیرالمؤمنین(ع) است. نجاشی او را از «بهترین شیعیان» شمرده است. وی هنگام جنگ جمل در حالی که هشتاد و پنج سال داشت در زمره لشکریان امیرالمؤمنین(ع) بود.

نام کتاب او «السنن و الاحکام و القضايا» است. این کتاب در اختیار نجاشی بوده و او سند متصل خود را به این کتاب ذکر کرده است. نجاشی از صلاة، صیام، حج، زکات و قضايا به عنوان ابواب این کتاب یاد می کند و این گویای این است که موضوع کتاب، فقه و احکام شرعی است.^۱ این کتاب نه تنها اولین کتاب فقهی شیعه است، بلکه نخستین کتاب حدیث و فقه در میان مسلمانان می باشد.^۲ پس بر خلاف نظر برخی از دانشمندان اهل سنت که تاریخ آغاز تدوین حدیث را مقارن با فرمان عمر بن عبدالعزیز به جمع آوری احادیث نبوی(ص) در حدود سال ۱۰۰ هجری می دانند،^۳ شیعیان سال ها پیش از این به جمع آوری احادیث پرداختند. نجاشی در آغاز کتاب خود و قبل از آنکه به ذکر فهرست راویان و مؤلفان شیعه

۱. رجال النجاشی، ص ۴.

۲. تاسیس الشیعه، ص ۲۷۸.

۳. فتح الباری، ج ۱، ص ۱۷۴.

بر اساس ترتیب حروف الفبا پردازد، فصلی را با عنوان «ذكر الطبقة الاولى» آورده و در آن فصل، نام شش نفر از اصحاب امیرالمؤمنین (ع) را به عنوان نخستین نویسندگان شیعه ذکر کرده است. اولین آنها ابورافع است و پس از او حداقل نام دو نفر دیگر به چشم می خورد که دارای آثار فقهی می باشند. ابتدا علی فرزند ابورافع است که کاتب امیرالمؤمنین (ع) بود و در امر تألیف کتاب به پدر تاسی کرد و «کتابی در فنون فقه، وضو، نماز و سایر ابواب» نگاشت. پس از او ربیعة بن سُمیع است که او نیز کتابی در زکات چهار پایان نوشت. هر دو کتاب بنابر نقل نجاشی با روایتی فقهی از امیرالمؤمنین (ع) آغاز می شوند. این دو کتاب نیز در اختیار نجاشی بوده و او سند متصل خود را به آنها ذکر کرده است.^۴ بنابراین، سرگذشت تدوین آثار فقهی - روایی در دوران حضور امامان معصوم (ع) از عصر امام اول، حضرت علی بن ابی طالب (ع) شروع می شود و تا آغاز عصر غیبت ادامه می یابد.

البته پیش از ابورافع - بنابر آنچه در روایات آمده است - امیرالمؤمنین (ع) به جمع آوری احادیث پیامبر اکرم (ص) پرداخت. نجاشی ضمن شرح حال محمد بن عذافر صیرفی با سند متصل نقل می کند که او با حکم بن عتیبة^۵ نزد امام باقر (ع) بودند و حکم از امام (ع) سؤال می کرد و امام (ع) نیز محترمانه پاسخ او را می داد تا اینکه در مسئله ای میان آن دو اختلاف شد. امام باقر (ع) خطاب به فرزندش فرمود: «فرزندم برخیز و کتاب علی (ع) را بیاور». او نیز کتابی بزرگ و در هم پیچیده آورد و آن را گشود و در آن نگرست تا مسئله مورد بحث را در آن پیدا کرد. امام باقر (ع) خطاب به حکم فرمود: «این کتاب به خط علی (ع) و املاء پیامبر (ع) است».^۶ در وجود این

۴. رجال النجاشی، ص ۶.

۵. حکم بن عتیبة (م ۱۱۴) از فقهای معروف اهل سنت در عصر خویش است و از امام سجاد، امام باقر و امام صادق (ع) نقل حدیث کرده است. روایات متعددی در مذمت او وارد شده

است. (ر.ک: معجم رجال الحديث، ج ۷، ص ۱۸۵)

۶. رجال النجاشی، ص ۳۶۰.

کتاب تردیدی نیست؛ زیرا از این کتاب در روایات متواتر یاد شده است.^۷
همچنین امیرالمؤمنین (ع) کتابی در دیات نوشت و برای فرمانداران خود
فرستاد تا بر اساس آن حکم کنند.^۸ این کتاب در منابع فقهی و حدیثی به «کتاب
ظریف» شهرت دارد. نام آن برگرفته از ظریف بن ناصح، روایت کننده آن است.
شیخ صدوق و شیخ طوسی همه این کتاب را یک جا روایت کرده اند^۹ و کلینی
بخش های زیادی از آن را به طور پراکنده نقل کرده است.^{۱۰} بخاری نیز دو روایت
از امیرالمؤمنین (ع) نقل می کند که در آنها به این کتاب اشاره شده است.^{۱۱} کتاب
ظریف نزد بیشتر فقها معتبر است و آنان بر اساس آن فتوا می دهند.^{۱۲}
سیر تدوین آثار فقهی - روایی در عصر سایر ائمه (ع) نیز ادامه یافت و به
خصوص در عصر امام باقر (ع) و امام صادق (ع) گسترده شد.

ب. تعداد آثار روایی

- شیخ طوسی (م ۴۶۰) در کتاب «فهرست کتب الشیعة و اصولهم و اسماء
المصنفین و اصحاب الاصول» به ذکر نام مؤلفان شیعه از صدر اسلام تا زمان خود
۷. الکافی، ج ۱، ص ۴۰۷؛ ج ۲، ص ۷۱ و ۱۳۶ و ۲۵۹ و ۲۷۸ و ۳۴۷ و ۴۸۶ و ۶۶۶؛ ج ۳،
ص ۹ و ۱۷۵ و ۵۰۵؛ ج ۴، ص ۳۴۰ و ۳۶۸ و ۳۸۹ و ۵۳۴؛ ج ۵، ص ۱۳۶ و ۲۷۹ و ۴۵۲
و ۵۴۱؛ ج ۶، ص ۲۰۲ و ۲۰۷ و ۲۲۰ و ۲۳۲ و ۲۴۶ و ۲۵۵؛ ج ۷، ص ۴۰ و ۷۷ و ۱۱۹
و ۱۳۶ و ۱۷۶ و ۲۰۱ و ۲۱۴ و ۲۱۶ و ۳۱۷ و ۳۱۸ و ۳۲۹ و ۴۱۴ و ۴۱۵ و ۴۳۶؛ ج ۸،
ص ۱۶۳ و ۲۳۳ و ۳۹۵.
۸. الذریعه، ج ۲، ص ۱۵۹؛ معجم رجال الحديث، ج ۱۰، ص ۱۸۹.
۹. من لایحضره الفقیه، ج ۴، ص ۷۵؛ تهذیب الاحکام، ج ۱۰، ص ۲۹۵.
۱۰. الکافی، ج ۷، ص ۳۳۰ و ۳۳۳ و ۳۶۳.
۱۱. صحیح البخاری، ج ۱، ص ۳۶؛ ج ۸، ص ۱۰.
۱۲. المقنعه، ص ۷۶۸؛ النهایة، ص ۷۷۷؛ السرائر، ج ۳، ص ۴۱۲؛ شرایع الاسلام، ج ۴،
ص ۱۰۳۲ و ۱۰۳۶؛ مختلف الشیعة، ج ۹، ص ۳۷۳؛ الروضة البهیة، ج ۱۰، ص ۲۳۲؛
جواهر الکلام، ج ۴۳، ص ۱۹۳ و ۱۹۵؛ مبانی تکملة المنهاج، ج ۲، ص ۱۹۲.

پرداخته است. او در این کتاب بنابر آنچه در مقدمه می گوید، کوشیده است در حد امکان نام همه نویسندگان شیعه و آثارشان را ذکر کند. هر چند خود اعتراف می کند که چون دانشمندان شیعه در شهرهای گوناگون و سرزمین های دور پراکنده اند و آثار آنان در یک جا جمع آوری نشده بنابراین نمی تواند تضمین کند که به این هدف نائل شده است.^{۱۳}

او در این کتاب از حدود ۱۶۰۰ کتاب و رساله در رشته های مختلف علوم اسلامی از ۹۱۲ نویسنده نام برده است. با مرور اجمالی بر نام این آثار و شواهد و قرائن دیگر می توان ادعا کرد که بیشتر این آثار مربوط به اصحاب و دانشمندان عصر حضور ائمه (ع) و محتوای آنها نقل روایات فقهی از ایشان بوده است.

البته تردیدی نیست که آثار تألیف شده توسط شیعیان در عصر حضور معصومان بسیار بیش از این تعداد است؛ زیرا عدد ۱۶۰۰ مربوط به آن بخش از آثار شیعه است که شیخ طوسی در کتاب فهرست نام آن اثر را ذکر کرده یا اشاره خاصی به آن کرده است. اما در کنار اینها آثاری وجود دارد که شیخ فقط آمار آنها را ارائه کرده و به طور خاص از آنها یاد نکرده است.

شیخ در مورد یونس بن عبد الرحمن می گوید: «وی دارای بیش از ۳۰ کتاب است»، ولی فقط از ۵ کتاب او نام می برد.^{۱۴} نجاشی نیز از ۳۳ کتاب او نام برده است؛ اما کلام او نیز صریح در این است که همه آثار او را ذکر نکرده است.^{۱۵} نجاشی در مورد فضل بن شاذان می گوید: «او دارای ۱۸۰ کتاب است»؛ در حالی که از ۴۸ کتاب او نام می برد.^{۱۶} شیخ طوسی نیز بعد از نام بردن از ۳۲ کتاب وی

۱۳. الفهرست، ص ۴.

۱۴. الفهرست، ص ۵۱۱.

۱۵. رجال النجاشی، ص ۴۴۷.

۱۶. همان، ص ۳۰۷.

می گوید: او دارای مصنفات بسیاری است که نام آنها شناخته شده نیست. ۱۷

نجاشی و شیخ طوسی در مورد محمد بن ابی عمیر می گویند: او دارای ۹۴ کتاب است، ولی نجاشی از ۱۷ کتاب او نام برده^{۱۸} و شیخ نیز نام ۷ کتاب او را آورده است. از کلام شیخ و نجاشی به دست می آید که ابن ابی عمیر علاوه بر ۹۴ کتاب مذکور دارای تعداد زیادی اثر تألیفی به نام نوادر نیز بوده است.

بنابراین آمار، آثار تألیف شده توسط دانشمندان شیعه تا عصر نجاشی و شیخ طوسی بسیار بیش از عدد ۱۶۰۰ است. شیخ حر عاملی در مورد تعداد آثار روایی که نام آنها شناخته شده نیست می گوید:

تعداد آثار روایی شیعیان که از آنها نقل حدیث شده ولی نام آنها ذکر نشده است، بنابر آنچه در کتب رجال آمده و من شمارش کرده ام بیش از ۶۶۰۰ کتاب است. ۱۹

ج. اصول اربع ماه

ابن شهر آشوب (م ۵۸۸) از شیخ مفید (م ۴۱۳) نقل می کند که «امامیه از زمان امیرالمؤمنین (ع) تا عصر امام عسکری (ع) چهار صد کتاب که اصول نامیده می شدند تألیف کرده اند». ۲۰ امین الاسلام طبرسی (م ۵۴۸)، محقق حلی (م ۶۷۶)، شهید اول (م ۷۸۶) و دیگران نیز در آثار خود از این اصول چهار صدگانه یاد کرده اند. ۲۱

۱۷. الفهرست، ص ۳۶۲.

۱۸. همان، ص ۳۲۷.

۱۹. وسائل الشیعه، ج ۳۰، ص ۱۶۵؛ اعیان الشیعه، ج ۱۲، ص ۱۴۰.

۲۰. معالم العلماء، ص ۳۸. این عبارت در آثار موجود شیخ مفید یافت نشد. سایر پژوهشگران نیز این عبارت را به نقل از ابن شهر آشوب از شیخ مفید نقل کرده اند و این گویای این است که آنان نیز این عبارت را در آثار شیخ مفید نیافته اند.

۲۱. اعلام الوری، ج ۲، ص ۲۰۰؛ المعتمد، ج ۱، ص ۲۶؛ ذکری الشیعه، ص ۶؛ الرواشح السماویة، ص ۹۸.

هر چند عدد چهارصد در منابع پیشتر نیامده است، اما اصطلاح «اصل» در منابع نخستین فهارس و رجال همچون رجال نجاشی و فهرست شیخ طوسی فراوان به کار رفته است و شواهد و قرائن متعدد گویای این است که اصل، اصطلاحی خاص نزد دانشمندان آن عصر و پیش از آنها بوده است.

شیخ طوسی، نجاشی و دیگران از آثار مکتوب دانشمندان شیعه به «کتاب»، «اصل» و گاهی «مصنّف» و «نوادِر» یاد کرده اند. شیخ، صاحبان اصول و مصنّفات را از یکدیگر متمایز می کند و می گوید:

ابن غضائری دو کتاب داشت که یکی در مورد صاحبان اصول بود و دیگری در مورد صاحبان مصنّفات و من برای پرهیز از تکرار، نام هر دو گروه را در یک کتاب گرد آورده ام.^{۲۲}

در مورد تفاوت میان این کلمات با یکدیگر و به خصوص معنای «اصل»، بحث های پر دامنه ای مطرح است.^{۲۳} ما از طرح این دیدگاه ها و نقض و ابرام هایی که نسبت به یکدیگر داشته اند پرهیز کرده و به ذکر قول مشهور در مورد معنای «اصل» که از دلایل محکم تری برخوردار است اکتفا می کنیم.

۲۲. الفهرست، ص ۲.

۲۳. برای آگاهی از اختلاف انظار در این زمینه می توان به این منابع مراجعه کرد: مقباس الهدایة، ج ۳، ص ۲۰؛ الاصول الاربعمائه، ص ۱۶؛ پژوهشی پیرامون اصول اربعمائه، کامران ایزدی مبارکه، مجله پژوهشی دانشگاه امام صادق (ع) شماره ۲، زمستان ۱۳۷۴؛ «اصول اربعمائه یا نخستین مرحله فقه شیعه»، علی اکبر کلانتری، مجله فقه کاوشی نو در فقه اسلامی، شماره ۲۵، زمستان ۱۳۷۹؛ «پژوهشی پیرامون اصول اربعمائه»، نادعلی عاشوری، مجله صحیفه مبین، شماره ۳۷، تابستان ۱۳۸۵؛ «کافی و اصول اربعمائه»، منصور پهلوان، مجله سفینه، شماره ۳، تابستان ۱۳۸۳؛ «پژوهشی در باره اصول اربعمائه»، سهیلا جلالی، مجله علوم حدیث، شماره ۶؛ «مراحل تدوین، تهذیب و انتشار حدیث در میان شیعه و اهل سنت»، ابوالفضل شکوری، مجله نامه مفید، شماره ۶، تابستان ۱۳۷۵.

مطابق این نظر، «اصل» حاوی احادیثی است که بی واسطه و یا با واسطه از امام(ع) شنیده شده و از روی نوشته دیگری تدوین نشده است. به همین سبب، چنین اثری - مطابق معنای لغوی - اصل و ریشه برای آثار روایی بعد از خود خواهد بود، ولی «کتاب» مفهومی اعم دارد و شامل هرگونه مکتوبی می شود. «مصنّف» نیز کتابی است که اصل نباشد؛ یعنی کتابی است که بر اساس روایات شنیده شده نوشته نشده، بلکه بر اساس روایات مکتوب در آثار دیگر تدوین شده است. «نوادِر» نیز مجموعه روایات پراکنده ای است که تحت یک باب خاص جای نمی گیرند.^{۲۴}

گاهی قدما در آثار خود این کلمات را در معانی دیگر و به جای یکدیگر نیز به کار برده اند^{۲۵} و این گویای این است که معانی اصطلاحی این کلمات در آن دوران به اندازه کافی، واضح و شایع نبوده است.

اصول اربع ماه بیشتر در عصر امام صادق(ع) و سپس امام باقر(ع) که دوران آزادتری در جهت نشر علم برای ائمه(ع) و شیعیان آنها بوده نوشته شده است. البته موارد دیگری نیز وجود دارد که مربوط به عصر سایر ائمه(ع) است.^{۲۶}

۲۴. الفوائد الرجالية، وحید بهبهانی، ص ۳۴؛ نهایة الدراية، ص ۵۲۹؛ الذریعه، ج ۲، ص ۱۲۵. برخی آراء دیگر در مورد معنای «اصل» بدین قرار است: ۱. اصل در اصطلاح محدثان به معنای کتاب مورد اعتمادی است که از کتاب دیگری گرفته نشده است. (ر. ک: الفوائد الرجالية، سید مهدی بحر العلوم، ج ۲، ص ۳۶۷) ۲. اصل فقط در بر دارنده سخن معصوم(ع) است ولی کتاب مشتمل بر سخن معصوم(ع) و استدلال ها و استنباطهای مؤلف است. (ر. ک: مجمع الرجال، قهپایی، ج ۱، ص ۹) برخی نیز معتقدند که اختلاف مهمی در معنای اصل وجود ندارد و همه اقوال به یک قول برمی گردند و آن این است که اصل مجموعه ای از روایات است که به قصد حفظ و ضبط روایات تدوین شده است و سخنی از گردآورنده در آن یافت نمی شود؛ به خلاف کتاب که ممکن است برای اغراض مختلفی از جمله بیان آراء و نظرات نویسنده تألیف شده باشد. (ر. ک: توضیح المقال، ص ۲۳۳)

۲۵. الفوائد الرجالية، وحید بهبهانی، ص ۳۳.

۲۶. الذریعه، ج ۲، ص ۱۳۱.

پس از مرحله تدوین اصول روایی توسط اصحاب ائمه (ع) که روایات را از امام (ع) یا صحابی او شنیده بودند، مرحله تدوین کتاب هایی شروع می شود که در آنها به جمع آوری روایات مندرج در این اصول و تنظیم و تبویب آنها پرداخته شده است. بیشتر آثار افرادی مانند ابن ابی عمیر، علی بن ابراهیم و علی بن مهزیار، حسین بن سعید اهوازی و بنی فضال از این قسم است. در منابع فهارس و رجال، از این گونه آثار روایی به کتاب و «مصنّف» یاد شده است.

در مرحله سوم تدوین آثار روایی به عصر تدوین مجامع روایی، یعنی کتب اربعه می رسیم. در آغاز عصر غیبت، سه دانشمند و محدث بزرگ، یعنی شیخ کلینی (م ۳۲۹)، شیخ صدوق (م ۳۸۱) و شیخ طوسی (م ۴۶۰) از بیم پراکندگی و از میان رفتن اصول و مصنّفات روایی شیعه به تدوین مجامع روایی خود پرداختند. آنان کوشیدند همه روایات معتبر یا قابل اعتنایی را که در اصول و مصنّفات در دسترس آنها به طور پراکنده یافت می شود در یک جا جمع آوری، تنظیم و تبویب کنند.

بدین سان چهار کتاب کافی، من لایحضره الفقیه، تهذیب الاحکام و استبصار به وجود آمد. پیدایش این کتاب ها و تجمیع روایات پراکنده شیعه در این مجامع روایی کم کم موجب شد که این کتاب ها مرجع فقها و دانشمندان قرار گیرد و نیاز آنها را به اصول و مصنّفات فراوان، پراکنده و نامنظم عصر حضور کم کند. از این رو، انگیزه استنساخ و حفظ اصول و مصنّفات عصر حضور کمتر شد و متأسفانه به تدریج نسخه های این گونه آثار روایی در گذر زمان از میان رفت تا جایی که امروزه جز تعداد محدودی از آنها در دسترس ما نیست.^{۲۷}

۲۷. امروزه نیز با تألیف کتاب وسائل الشیعه که مجموعه روایی گردآوری شده از کتب اربعه و برخی دیگر از منابع معتبر روایی است، متأسفانه مراجعه فقه پژوهان به کتب اربعه بسیار کم شده است؛ در حالی که ملاحظه روایت در کتب اربعه و اطلاع بر شواهد و قرائن موجود در آن کتب، مانند عنوان بابی که روایت مورد نظر ذیل آن قرار گرفته و یا روایات قبل و بعد و نیز صدر و ذیل روایت قبل از تقطیع صاحب وسائل، می تواند در فهم درست روایات نقش مؤثری داشته باشد.

۲. آثار غیر روایی

فقه شیعه بر خلاف فقه اهل سنت که ارتباط مستقیم آن با شخص معصوم (ع) با رحلت پیامبر اکرم (ص) در سال ۱۱ هجری گسسته شد، توانست با اعتقاد به عصمت امامان اهل بیت (ع) این ارتباط را تا سال ۲۶۰، یعنی آغاز عصر غیبت استمرار بخشد. از این رو طبیعی بود که در عصر حضور امامان معصوم (ع) و با وجود امکان ارتباط مستقیم با آنان در جامعه شیعه، نیاز به عملیات استنباط و اجتهاد که بخش قابل توجهی از آن بر اساس محرومیت از حضور شخصیت انسان معصوم (ع) پایه ریزی شده است، کم رنگ باشد. این واقعیت روشن سبب شد که فقه شیعه دیرتر از فقه اهل سنت پا به عرصه اجتهاد مصطلح گذارد.

فقه شیعه در طول سال های حضور امامان معصوم (ع) بیشتر به نقل حدیث از آنان همت گمارد و فقهای شیعه، کمتر به اجتهاد در کتاب و سنت پرداختند. به همین سبب، بیشترین حجم منابع فقهی شیعه در این دوران چیزی جز نقل سخنان معصومان (ع) نیست. این واقعیت با مراجعه به کتب اربعه حدیث که جمع آوری، تدوین و تنظیم منابع فقهی - روایی توسط اصحاب ائمه (ع) در عصر ظهور امامان (ع) می باشد، آشکار می گردد.

به همین سبب، امروزه قدیمی ترین متن فقهی در دسترس از آثار غیر روایی، دو کتاب مقنع و هدایه تألیف شیخ صدوق (م ۳۸۱) است^{۲۸} که مربوط به اوایل

۲۸. کتاب «فقه الرضا» که امروز در دسترس است پیش از مقنع و هدایه تألیف شده است؛ ولی در مورد مؤلف آن اختلاف نظر می باشد. برخی آن را به امام رضا (ع) نسبت داده اند (ر. ک: لوامع صاحبقرانی، ج ۱، ص ۶۱۳). بر پایه این قول، این کتاب متنی روایی خواهد بود؛ اما بنابر نظر کسانی که این کتاب را به غیر امام معصوم (ع)، مانند علی بن بابویه قمی (م ۳۲۹) (ر. ک: ریاض العلماء، ج ۲، ص ۳۱ و ج ۶، ص ۴۳) یا محمد بن علی شلمغانی معروف به ابن ابی العزاقر (م ۳۲۴) (ر. ک: النجعة فی شرح اللمع، ج ۶، ص ۴۰۰) نسبت

دوران غیبت کبری است؛ اما تردیدی نیست که پیش از این دو کتاب نیز کتاب‌ها و رساله‌هایی از این قسم تألیف شده بود. کتاب «المستمسک بحبل آل الرسول» تألیف ابن ابی عقیل عُمّانی^{۲۹} و نیز برخی از آثار فقهی یونس بن عبد الرحمن^{۳۰} و فضل بن شاذان (م ۲۶۰) از این قسم می‌باشند، ولی امروزه هیچیک از این کتاب‌ها در اختیار ما نیست و ما به استناد گزارشی که فقهای گذشته از این آثار و آرای فقهی نویسندگان آنها در این کتاب‌ها داده‌اند، آگاه شده‌ایم که این کتاب‌ها در زمره آثار فقهی غیر روایی جای دارند.^{۳۱}

مهم‌ترین منابعی که برای بررسی آثار غیر روایی در عصر حضور ائمه (ع) در اختیار ما است، منابع روایی- فقهی نگارش یافته در آغاز عصر غیبت، یعنی کتب اربعه می‌باشد که بر اساس متون دانشمندان عصر حضور ائمه (ع) تدوین شده

می‌دهند، این کتاب نخستین متن فقهی و غیر روایی است که در دسترس ما است. در باره اقوال مربوط به نویسنده این کتاب مراجعه شود به: کتاب شیعه، دو فصلنامه، شماره ۳، ص ۲۷۲، مقاله «کتاب شناسی فقه الرضا»، عباسعلی مروی.

۲۹. تاریخ دقیق وفات ابن ابی عقیل معلوم نیست ولی او یک نسل قبل از شیخ صدوق می‌زیسته است و اهل تراجم او را معاصر شیخ کلینی و علی بن بابویه (پدر شیخ صدوق) می‌دانند (ر. ک: ریاض العلماء، ج ۱، ص ۲۰۷).

۳۰. تاریخ دقیق وفات یونس بن عبد الرحمن معلوم نیست، اما او از اصحاب امام کاظم (ع) و امام رضا (ع) و استاد پدر فضل بن شاذان بوده است. بنابراین وفات او می‌بایست در اواخر قرن دوم یا اوایل قرن سوم باشد.

۳۱. آراء فقهی ابن ابی عقیل را می‌توان در کتاب‌های محقق حلی، علامه حلی و شهید اول یافت. در دو کتاب «حیة ابن ابی عقیل و فقه» تألیف محققان مرکز معجم فقهی و «مجموعه فتاوی ابن ابی عقیل» تألیف عبدالرحیم بروجردی، آراء فقهی این فقیه از منابع مزبور و مانند آنها جمع آوری شده است. آراء فقهی یونس بن عبد الرحمن و فضل بن شاذان نیز- چنان که پس از این خواهد آمد- در کتب اربعه مانند کافی و من لایحضره الفقیه آمده است.

است. البته به طور بسیار محدود، آثاری از هر دو قسم روایی و غیر روایی متون فقهی از عصر حضور ائمه (ع) برای ما باقی مانده است،^{۳۲} ولی اندک بودن شمار این گونه آثار موجب می شود که همچنان کتب اربعه منابع نخستین ما تلقی شود. اینک با مبنا قرار دادن کتب اربعه به بررسی سیر تدوین منابع فقهی غیر روایی در عصر حضور ائمه (ع) می پردازیم.

الف. تدوین آثار غیر روایی

از بررسی کتب اربعه و نیز کتاب هایی که در زمینه آثار دانشمندان و راویان شیعه در عصر حضور ائمه (ع) نوشته شده، مانند رجال نجاشی و فهرست شیخ طوسی، این نتیجه به دست می آید که برخی از آثار فقهی دانشمندان آن عصر صبغه کاملاً روایی نداشته و اگر نگوییم همه محتوای آن آثار، اجتهادات و آراء نویسندگان آنها بوده، حداقل بخش قابل توجهی از محتوای آن آثار چنین بوده است.

در این میان به آثار دو فقیه و متکلم برجسته در عصر حضور، یعنی یونس بن عبدالرحمن و فضل بن شاذان اشاره می کنیم:

یک. یونس بن عبدالرحمن: وی فقیه و متکلم بزرگ شیعه و از اصحاب امام کاظم (ع) و امام رضا (ع) شمرده شده است. روایات فراوانی در مدح او وارد شده که گویای جایگاه بلند او نزد ائمه معصومان (ع) است.^{۳۳} او در ذیل روایات متعددی

۳۲. از جمله این آثار محدود کتاب «الاصول الستة عشر» تألیف شانزده نفر از راویان ومحدثان عصر حضور ائمه (ع) است. این کتاب فراهم آمده از شانزده رساله کوتاه روایی است. همچنین می توان از کتاب «الایضاح» تألیف فضل بن شاذان به عنوان یکی از آثار محدود غیر روایی در عصر حضور معصومان (ع) که در این دوران در دسترس است نام برد. کتاب «الایضاح» هر چند صبغه کلامی دارد اما نویسنده آن به مناسبت برخی مباحث اختلافی میان شیعه و اهل سنت در حوزه فقه، به طور گذرا به بحث های محدود فقهی پرداخته است.

۳۳. معجم رجال الحديث، ج ۲۱، ص ۲۰۹.

به شرح و توضیح روایت منقول پرداخته و برخی از توضیحاتش در کتب اربعه نقل شده است.^{۳۴} وجود توضیحات نقل شده از یونس در منابع روایی موجب شده که گاهی فقها تردید کنند که آنچه در ذیل روایت آمده است، ادامه سخن امام معصوم (ع) است یا توضیح یونس بن عبدالرحمن که راوی آن روایت می باشد.^{۳۵} اما اظهارات فقهی یونس در کتب اربعه به این مقدار محدود نمی شود. او از نظر تاریخی نخستین کسی است که شیخ کلینی به نقل عبارات بلند فقهی او که ارتباط با روایتی خاص ندارد پرداخته است؛ تا جایی که حتی دو باب از کتاب خویش را بدون نقل روایتی از امام معصوم (ع) فقط به نقل سخنان او اختصاص داده است.

کلینی در کتاب نکاح کافی، بابی با عنوان «بَابُ تَفْسِيرِ مَا يَحِلُّ مِنَ النِّكَاحِ وَمَا يَحْرُمُ وَالْفَرْقُ بَيْنَ النِّكَاحِ وَالسَّفَاحِ وَالزُّنَى وَهُوَ مِنْ كَلَامِ يُونُسَ» آورده و سپس با سند متصل، متنی از یونس به مقدار چهار صفحه نقل کرده است.^{۳۶} او همچنین در کتاب موارد نیز بابی با عنوان «بَابُ الْعِلَّةِ فِي أَنَّ السَّهَامَ لَا تَكُونُ أَكْثَرُ مِنْ سِتَّةٍ وَهُوَ مِنْ كَلَامِ يُونُسَ» آورده و طی آن دو گفتار با حجمی بیش از یک صفحه با سند متصل از یونس نقل کرده است.^{۳۷} کلینی در بخش های دیگر کافی نیز گفتارهایی بعضاً بلند از یونس آورده که بعضی ذیل روایات معصومان (ع) است و بعضی دیگر

۳۴. الکافی، ج ۱، ص ۱۵۴؛ ج ۳، ص ۵۰۹ و ۵۲۸ و ج ۵، ص ۱۷۷ و ج ۷، ص ۲۱۲ و ۱۶۴ و ۲۳۶.

۳۵. مسالک الافهام، ج ۱۳، ص ۲۴۰؛ مجمع الفائدة، ج ۵، ص ۱۷۶؛ روضة المتقین، ج ۳، ص ۲۹۲؛ وسائل الشیعة، ج ۲۳، ص ۶۰؛ مرآة العقول، ج ۱۵، ص ۳۲۸؛ الحقائق الناضرة، ج ۱۳، ص ۳۹۸؛ ج ۱۸، ص ۵۲؛ جواهر الکلام، ج ۱۶، ص ۲۸۹؛ جواهر الکلام، ج ۳۴، ص ۲۰۳.

۳۶. الکافی، ج ۵، ص ۵۷۰.

۳۷. الکافی، ج ۷، ص ۸۳.

مستقل از آنها است.^{۳۸} او گاهی بر فتاوی یونس خرده می گیرد و به نقد تفصیلی آنها می پردازد.^{۳۹}

تردیدی نیست که کلینی، یونس بن عبدالرحمن را فقط یک راویت کننده اخبار نمی داند، بلکه او را فقیهی صاحب فتوا می شناسد که فتاوا و دیدگاه هایش صلاحیت این را دارد که گاهی در کنار روایات معصومان(ع) ذکر شود. فقهای دیگر نیز برخی از فتاوی او را نقل کرده اند.^{۴۰}

دو. فضل بن شاذان(م ۲۶۰). وی فقیه و متکلم بزرگ شیعه و از اصحاب امام هادی و امام عسکری(ع) است. او نیز همچون یونس بن عبدالرحمن جایگاه خاصی در کتب اربعه دارد. گفتارهایی بلند و تفصیلی از او که جنبه فقهی یا فقهی-کلامی دارد و بعضاً در دفاع از آراء فقهی شیعه در مقابل اهل سنت است در کافی و من لایحضره الفقیه آمده است. برخی از این گفتارها ذیل روایات معصومان(ع) و در توضیح آنها نقل شده^{۴۱} و برخی به طور مستقل آمده است.^{۴۲}

گاهی بعضی از مؤلفان کتب اربعه مانند شیخ صدوق ضمن نقل فتاوی فضل بر آن خرده گرفته و او را به عمل به قیاس متهم کرده اند^{۴۳} و گاهی نیز اختلافات فقهی فضل بن شاذان با یونس بن عبدالرحمن را نقل کرده و سپس خود به داوری

۳۸. الکافی، ج ۷، ص ۱۱۴؛ ج ۵، ص ۲۱۶ و ۲۳۲؛ ج ۶، ص ۱۲۹ و ۱۷۵ و ۱۸۵ و ۱۹۳ و ۱۹۷.

۳۹. الکافی، ج ۷، ص ۱۲۰.

۴۰. مختلف الشیعة، ج ۲، ص ۳۹۸؛ ذکری الشیعة، ج ۴، ص ۳۴؛ الدروس الشرعیة، ج ۱، ص ۲۷۴.

۴۱. الکافی، ج ۷، ص ۱۶۷ و ۹۸ و ۱۴۱.

۴۲. الکافی، ج ۶، ص ۹۲ و ج ۷، ص ۹۵ و ۱۶۶؛ من لایحضره الفقیه، ج ۴، ص ۳۲۰؛ تهذیب الاحکام، ج ۹، ص ۲۵۱.

۴۳. من لایحضره الفقیه، ج ۴، ص ۲۶۹ و ۲۷۵ و ۲۸۶ و ۲۹۲ و ۲۹۵.

نشسته اند.^{۴۴} شیخ صدوق آرا و فتاوی او را در کتاب مقنع که کتابی فتوایی از او بر پایه متون روایات می باشد، آورده^{۴۵} و گاهی نیز آنها را نقد کرده است.^{۴۶} سید مرتضی و برخی از فقهای دیگر نیز به نقل و بررسی فتاوی او پرداخته اند.^{۴۷}

بخش قابل توجهی از این گونه اظهار نظرهای فقهی یونس بن عبدالرحمن و فضل بن شاذان مربوط به فروع مختلف ارث است. به نظر می رسد که یکی از علل این امر، تنوع فراوان و غیر قبل احصاء این فروع و مبتلا بودن مردمان هر عصری از جمله عصر حضور معصومان (ع) به آنها است.

طبیعی است که ائمه (ع) علاوه بر بیان قواعد کلی ارث، هر چقدر هم به ذکر فروع مختلف آن می پرداختند باز امکان تحقق فرعی جدید وجود داشت. از این رو بحث ارث این ضرورت و قابلیت را پیدا کرد که مهم ترین محور تمرینات اجتهادی اصحاب فقیه ائمه (ع) حتی در عصر حضور باشد. همچنین اختلافات مهم فقهی میان دو مذهب شیعه و اهل سنت در مسائل عول و تعصیب در ارث می تواند علت مهم دیگری برای پدید آمدن آثاری از امثال یونس و فضل باشد که علاوه بر جنبه های فقهی، اهتمام شدیدی به دفاع کلامی از مذهب داشته اند.

در آثار این دو فقیه و متکلم، جنبه کلامی و اعتقادی به طور چشم گیر بر جنبه فقهی رجحان دارد و تعداد آثار فقهی آنها در ابواب مختلف نسبت به آثار اعتقادی آنها کمتر است. اما در عین حال، این دو دانشمند بزرگ، کتاب های متعددی در بحث ارث تألیف کرده اند، در حالی که هیچ یک از ابواب فقهی این چنین مورد اهتمام آنها نبوده است. یونس بن عبدالرحمن دارای حداقل دو کتاب در موضوع

۴۴. الکافی، ج ۷، ص ۱۱۵؛ الاستبصار، ج ۴، ص ۱۸۸؛ تهذیب الاحکام، ج ۹، ص ۳۶۴.

۴۵. المقنع، ص ۴۹۱ و ۵۰۱.

۴۶. المقنع، ص ۴۹۷.

۴۷. الانتصار، ص ۵۶۴؛ رسائل المرتضی، ج ۳، ص ۲۵۸ و ۲۶۵.

ارث به نام های «الفرائض» و «الفرائض الصغیر» است^{۴۸} و فضل بن شاذان نیز حداقل دارای سه کتاب در این مورد به نام های «الفرائض الکبیر»، «الفرائض الاوسط» و «الفرائض الصغیر» می باشد.^{۴۹}

با توجه به عبارات بلند منقول در کتب اربعه از آرا و نظرات فقهی یونس بن عبدالرحمن و فضل بن شاذان که بخش قابل توجهی از آنها در مورد فروع مختلف ارث است و نیز کتاب ها و رساله های متعدد فقهی آنها به این نتیجه می رسیم که محور اصلی محتوای این گونه آثار، نقل روایات نبوده و آثار آنها را می بایست در زمره آثار فقهی غیر روایی قرار داد.

نجاشی و شیخ طوسی آثاری را به این دو فقیه نسبت می دهند که نام آنها به ضمیمه عبارات منقول از آن در کتب اربعه می تواند گواهی بر این ادعا باشد که بخشی از آثار فقهی این دو دانشمند را می بایست در زمره آثار غیر روایی قرار داد. نجاشی این آثار را به یونس بن عبدالرحمن نسبت داده است: «کتاب اختلاف الحج»، «کتاب الاحتجاج فی الطلاق» و «کتاب علل النکاح وتحلیل المتعة».^{۵۰} شیخ طوسی نیز نام این کتابها را در زمره آثار فضل بن شاذان آورده است: «کتاب المسح علی الخفین»، «کتاب النقض علی ابی عبید فی الطلاق» و «کتاب المتعتین متعة النساء و متعة الحج».^{۵۱}

از نام این آثار و نیز شیوه کلامی - فقهی این دو دانشمند، همچنین فضل علمی و قدرت اجتهاد و استنباط آنها می توان نتیجه گرفت که محتوای این آثار نیز نه تنها نقل صرف روایات نبوده، بلکه محور اصلی در این آثار، بررسی های اجتهادی و آراء فقهی مؤلفان آنها بوده است.

۴۸. رجال نجاشی، ص ۳۰۶.

۴۹. رجال نجاشی، ص ۴۴۷.

۵۰. همان.

۵۱. الفهرست، ص ۱۹۷.

ب. نقل اجتهادات اصحاب در آثار روایی

سابقه تدوین متون فقهی غیر روایی در عصر حضور ائمه (ع) را نباید فقط در کتاب‌ها و رساله‌های مستقل در این زمینه جستجو کرد، بلکه در کنار نقل روایات در آثار روایی نیز می‌توان عباراتی منقول از اجتهادها و استنباط‌های نزدیک‌ترین و داناترین اصحاب امامان (ع) را یافت.

اینک در طی بند‌های ذیل به تشریح مستند برخی از شواهد در این زمینه و نیز ابعاد مختلف این موضوع می‌پردازیم:

یک. شرح و تفسیر روایات

شخصیت‌هایی همچون زرارة بن اعین (م ۱۵۰) و محمد بن مسلم (م ۱۵۰) که بزرگ‌ترین اصحاب امام باقر (ع) و امام صادق (ع) بودند و یا جمیل بن درّاج که از داناترین و نزدیک‌ترین یاران امام صادق (ع) و امام کاظم (ع) بود، شاید از اولین کسانی باشند که به درنگ و تأمل فقیهانه در کلمات امامان (ع) پرداختند و توضیحات آنان ذیل روایات، طبقه به طبقه توسط راویان نقل شده است.

زراره بعد از نقل روایت از امام (ع) که فرمود: «من در سه چیز، یعنی نوشیدن شراب، مسح خفّین و متعه حج از احدی تقیه نمی‌کنم»، اینگونه توضیح می‌دهد که «آن حضرت نفرمود بر شما هم واجب است که چنین کنید». ۵۲ به عبارت دیگر، فهم فقهی زراره از این روایت این است که نمی‌توان بر پایه این روایت، حکم به حرمت تقیه در سه مورد مذکور کرد.

نکته مهم در بحث ما این نیست که زراره چنین فهمی از روایت داشته است. تردیدی نیست که اصحاب ائمه (ع) در کتاب و سنت ماثور می‌اندیشیدند و با یکدیگر در این زمینه بحث و گفتگو می‌کردند و بعضاً دیدگاه‌های متفاوتی نیز برای

آنها پدید می‌آمد. آنچه برای ما در این نوشتار مهم می‌باشد این است که اظهار نظر زراره در ذیل این حدیث، طبقه به طبقه توسط راویان نقل شده و در نهایت، شیخ کلینی (م ۳۲۹) آن را در کافی ذکر کرده است. این اولین گام‌های تدوین فقه‌ای بیش از نقل صرف روایت در منابع فقهی شیعه است.

نمونه‌های دیگری نیز از زراره در کتب اربعه حدیث می‌توان یافت. او

می‌گوید:

به امام صادق (ع) عرض کردم: آیا مردی که دارای ۱۹۹ درهم و ۱۹ دینار

می‌باشد،^{۵۳} باید زکات بدهد؟ حضرت فرمود: خیر، زکاتی بر او نیست تا

دینار و درهم او به نصاب برسد.

زراره پس از نقل این روایت می‌گوید: «همه موارد وجوب زکات، همین

گونه است».^{۵۴} از زراره توضیحات دیگری ذیل روایات مربوط به طلاق خلع^{۵۵}،

ارث زن^{۵۶} و حتی روایات مربوط به مسائل اعتقادی مانند قضا و قدر نقل شده

است.^{۵۷} اینگونه توضیحات و استنباط‌های فقیهانه ذیل روایات معصومان (ع) از

دیگر بزرگان صحابه عصر صادقین (ع) مانند ابوبصیر نیز نقل شده است.^{۵۸}

همچنین جمیل بن درّاج در ذیل روایتی که از زراره، از امام باقر (ع) در مورد

طلاق بائن زن مسترابه نقل کرده، به شرح و تفسیر روایت پرداخته است.^{۵۹} ابن ابی

عمیر بعد از نقل روایتی در مورد مقدار دیه نفس از جمیل بن درّاج و او از زراره و

۵۳. نصاب طلا در زکات ۲۰ دینار و نصاب نقره ۲۰۰ درهم است.

۵۴. من لایحضره الفقیه، ج ۲، ص ۲۲؛ تهذیب الاحکام، ج ۴، ص ۹۲.

۵۵. تهذیب الاحکام، ج ۸، ص ۱۰۰.

۵۶. تهذیب الاحکام، ج ۹، ص ۳۰۱.

۵۷. الکافی، ج ۲، ص ۴۶۷.

۵۸. الاستبصار، ج ۳، ص ۱۵؛ تهذیب الاحکام، ج ۵، ص ۳۸۸.

۵۹. من لایحضره الفقیه، ج ۳، ص ۵۱۴.

محمد بن مسلم و دیگران و آنها از امام باقر یا امام صادق (ع) نقل کرده اند، سؤالی در همین رابطه از جمیل بن درّاج می پرسد و پس از نقل پرسش خود و پاسخ جمیل، پرسش شخص دیگری از جمیل و پاسخ او را نقل می کند.^{۶۰}

این پرسش و پاسخ ها گویای این است که راویان و شیعیان هنگامی که در روایتی ابهام یا اجمال می دیدند، سؤالات خود را از بزرگان اصحاب می پرسیدند و این پرسش و پاسخ گاهی آن قدر اهمیت می یافت که شخصیت بزرگی همچون ابن ابی عمیر به نقل آن در کنار روایت امام معصوم (ع) پرداخته است.

در مورد دیگری، ابن ابی عمیر در ابتدا به نقل فتوای جمیل بن درّاج می پردازد، سپس از او در همان مورد سؤالی می پرسد و جمیل با روایتی از امام صادق (ع) پاسخ او را می دهد.^{۶۱}

محمد بن زیاد بن عیسی معروف به ابن ابی عمیر (م ۲۱۷) از اصحاب امام کاظم (ع)، امام رضا (ع) و امام جواد (ع) است. او از بزرگترین دانشمندان شیعه در عصر خود بوده و بدون واسطه از امام رضا (ع) روایت کرده است. اما بیشتر روایات او نقل احادیث امام باقر (ع) و امام صادق (ع) با واسطه است. در کتب اربعه برخی از توضیحات ابن ابی عمیر نیز ذیل روایات نقل شده است.^{۶۲} همچنین بعضی از فتاوی او در برخی منابع فقهی آمده است.^{۶۳}

دو. روایات مضمّر و موقوف

مضمّر روایتی است که به نام شخص معصوم (ع) یا آخرین کسی که روایت از

۶۰. الکافی، ج ۷، ص ۲۸۰.

۶۱. الکافی، ج ۵، ص ۵۱۲.

۶۲. الکافی، ج ۳، ص ۵۳۰ و ج ۵، ص ۱۶۸ و ج ۶، ص ۴۱۹؛ تهذیب الاحکام، ج ۷، ص ۱۵۸؛ من لا یحضره الفقیه، ج ۴، ص ۲۲۳.

۶۳. مستند الشیعة، ج ۱۰، ص ۱۶۲ و ۱۶۴.

او نقل شده است تصریح نشود و از او با ضمیر غایب یاد شود.^{۶۴} موقوف روایتی است که سند آن در نهایت به امام معصوم(ع) نرسد و به یکی از صحابه ختم شود.^{۶۵} در اینجا لازم است بررسی کوتاهی در زمینه روایات مضمر و موقوف در کتب اربعه و استناد این گونه روایات به امام معصوم(ع) یا شخص راوی داشته باشیم.

در کتب اربعه، روایات مضمر فراوانی از زراره، محمد بن مسلم، سماعه و برخی دیگر از اصحاب ائمه(ع) نقل شده است. ولی روایات مضمر از موضوع بحث ما خارج است؛ زیرا ذکر ضمیر غایب در پایان سند از سوی راوی، گویای این است که آنچه نقل می کند سخنان خودش نیست.

از سوی دیگر، در مورد شخصیت هایی همچون زراره و محمد بن مسلم بسیار بعید است که آنان با ضمیر غایب از غیر امام معصوم(ع) سخنی نقل کرده باشند و این سخن توسط راویان معتبر، طبقه به طبقه تا زمان اصحاب کتب اربعه نقل شده باشد. به همین دلیل، فقیهان تصریح کرده اند که مضمرات افرادی مانند زراره و محمد بن مسلم در حکم مسندات آنها است و اضمار در این گونه روایات خللی به اعتبار سند آن وارد نمی کند.^{۶۶}

وجه اینکه زراره و مانند او در این گونه روایات از امام معصوم(ع) به ضمیر غایب یاد کرده اند می تواند تقیه و یا تقطیع روایات باشد؛ یعنی راوی در آغاز کتاب و اصل خود نام امام(ع) را آورده است و در ادامه با ضمیر به او اشاره می کند، ولی

۶۴. مقباس الهدایة، ج ۱، ص ۳۳۳؛ دراسات في علم الدراية، ص ۵۹.

۶۵. مقباس الهدایة، ج ۱، ص ۳۲۰؛ نهایة الدراية، ص ۱۸۴؛ دراسات في علم الدراية، ص ۵۷.

۶۶. جواهر الکلام، ج ۶، ص ۱۸۲؛ فرائد الاصول، ج ۳، ص ۵۵؛ کفایة الاصول، ص ۳۸۹؛ التنقیح في شرح العروة الوثقی (کتاب الطهارة)، ج ۲، ص ۲۴۸ و ۴۵۷.

بعد از تقطیع روایات در کتب اربعه، مرجع ضمیر برای مراجعه کننده به این کتب نامعلوم می شود.^{۶۷}

در منابع روایی، روایات موقوف متعددی از برخی اصحاب ائمه (ع) نقل شده است. از زرارہ نیز روایات موقوفی در کتب اربعه آمده است.^{۶۸} ظاهر اینگونه روایات این است که گفتار منقول در آنها سخنان آخرین شخص در سلسله سند است، نه سخنان امام معصوم (ع). در این صورت چون روایت، سخن امام معصوم (ع) نیست معتبر نمی باشد.^{۶۹} اما اگر شواهد روشن، گویای این باشد که آنچه نقل شده سخن امام معصوم (ع) است، بنابراین در فرض صحت سند، روایت حجت خواهد بود.

شهید اول و برخی دیگر بعد از نقل روایت موقوف زرارہ در مورد تفاوت نشست و برخاست زن با مرد در نماز می گویند: «هر چند این روایت موقوف بر زرارہ است ولی اصحاب به آن عمل کرده اند و همین، ضعف سند آن را جبران می کند».^{۷۰} اما صاحب مدارک در استناد یکی از روایات موقوف زرارہ به امام معصوم (ع) تردید می کند.^{۷۱} البته صاحب حدائق بر پایه مشی اخباری خود از تردید صاحب مدارک متعجب است.^{۷۲}

۶۷. منتقى الجمان، ج ۲، ص ۶۸؛ دراسات فی علم الدراية، ص ۵۹.

۶۸. الکافي، ج ۳، ص ۲ و ۴۸ و ۱۲۶ و ۱۹۶ و ۳۱۰ و ۳۳۵ و ج ۷، ص ۸۳؛ تهذيب الاحکام، ج ۱، ص ۳۷۰ و ۴۲۷ و ج ۲، ص ۶۵ و ۱۶۶؛ ج ۹، ص ۱۸۱ و ۲۴۷؛ الاستبصار، ج ۱، ص ۲۹۴ و ۴۲۷ و ۴۸۳.

۶۹. الرواشح السماوية، ص ۱۸۰؛ نهاية الدراية، ص ۱۸۴؛ دراسات فی علم الدراية، ص ۵۷.
۷۰. ذکرى الشیعه، ص ۲۱۰؛ جامع المقاصد، ج ۲، ص ۳۶۳؛ منتقى الجمان، ج ۲، ص ۶۸؛
الحدائق الناضرة، ج ۸، ص ۹؛ بحار الأنوار، ج ۸۵، ص ۱۲۷.

۷۱. مدارک الاحکام، ج ۳، ص ۴۴۷.

۷۲. الحدائق الناضرة، ج ۸، ص ۳۷۷.

آیت الله خویی نیز در مورد روایت موقوف دیگری از زرارہ این احتمال را مطرح می کند که شاید سخن نقل شده از زرارہ، متعلق به خود او باشد و از امام معصوم (ع) نقل نشده باشد. او سپس به این نکته مهم اشاره می کند که بیشتر روایات موقوف زرارہ از طریق حریز نقل شده است و شخصیت زرارہ آن قدر برتر از حریز است که این احتمال وجود داشته باشد که حریز فتاوی زرارہ را نقل کرده است. ۷۳

صاحب جواهر، قرینه ای برای استناد روایات موقوف و مضمرب به امام معصوم (ع) از شیخ کلینی نقل می کند. به ادعای او، کلینی در آغاز کتابش آورده است: «همه آنچه در این کتاب آورده ام مروی از صادقین (ع) است» و همین گویای این است که روایات موقوف نیز در نهایت به امام معصوم (ع) متصل می شود. ۷۴ اما صاحب جواهر، کلام کلینی را با دقت نقل نکرده است. کلینی در مقدمه کتابش آن را اینگونه توصیف می کند: «هر کس به دنبال دانش دین و عمل به آن بر اساس روایات صحیح از صادقین (ع) است از این کتاب بهره می برد». ۷۵

روشن است که عمومیت و حصر مورد ادعای صاحب جواهر، در این عبارت دیده نمی شود. به علاوه، پیش از این روشن شد که شیخ کلینی و نیز شیخ صدوق در کتاب من لایحضره الفقیه، عبارات و سخنان بعضاً طولانی بزرگانی از اصحاب مانند یونس بن عبد الرحمن و فضل بن شاذان را نقل کرده اند که بی تردید روایت از معصومان (ع) نیست.

بعضی گفته اند که وجود روایت موقوف مسند در کتب حدیث، دلیل بر این

۷۳. التنقیح فی شرح العروة الوثقی (کتاب الصلاة)، ج ۳، ص ۶۸.

۷۴. جواهر الکلام، ج ۲، ص ۱۲۶.

۷۵. الکافی، ج ۱، ص ۸: «و یاخذ منه من یرید علم الدین والعمل به بالآثار الصحیحة عن الصادقین علیهم السلام».

است که روایت از معصوم (ع) نقل شده است؛ زیرا اگر غیر از این بود و این روایات از غیر معصوم (ع) بود، نقل اینگونه آنها سبب فریب و تدلیس می شد. ۷۶

این سخن، مبتنی بر پیش فرض هایی اثبات نشده است؛ زیرا هیچ دلیلی وجود ندارد که نقل کلام اصحاب با سند متصل جایز نیست تا نتیجه گیری شود که وجود سند، دلیل بر این است که روایت به امام معصوم (ع) متصل است. بلکه ظاهر متن و سند در روایت موقوف، این است که گوینده سخن، غیر معصوم است و برای دست برداشتن از چنین ظاهری می بایست دلیل روشنی اقامه کرد. در این صورت، لازمه ادعای اسناد روایات موقوف به امام معصوم (ع)، نسبت دادن نوعی سهل انگاری و کوتاهی به صاحبان منابع حدیثی است که روایات معصومان (ع) را به آنان نسبت نداده و به غیر معصوم منتسب کرده اند.

همچنین باید توجه داشت که آراء فقهی شخصیت هایی مانند فضل بن شاذان در کتب اربعه با ذکر سند متصل به آنان نقل شده است. پس این پیش فرض که وجود سند متصل در این کتاب ها دلیل بر این است که روایت قطعاً از امام معصوم (ع) است، پذیرفتنی نیست.

در عین حال نمی توان احتمال صدور حداقل برخی از روایات موقوف را از امام معصوم (ع) نادیده گرفت؛ زیرا این احتمال وجود دارد که این دسته از روایات مضمّر باشند؛ یعنی مرجع ضمیر در فعل «قال»، آخرین راوی نباشد و ضمیر به فرد دیگری مانند امام معصوم (ع) بازگردد و علت تصریح نکردن به نام امام (ع) - چنان که گذشت - تقیه یا تقطیع باشد.

در برخی از روایات موقوف، قرائنی وجود دارد که گویای صدور این روایات از معصوم (ع) است؛ مثلاً در ذیل روایت موقوفی از زرارہ، کلمه «قال» دو بار پشت هم تکرار شده است. این گویای این است که زرارہ روایت را از کس دیگری

نقل می‌کند. به عبارت دیگر، این روایت موقوف نیست، بلکه مضمّر است.^{۷۷} از سوی دیگر، روایات موقوفی در کتب اربعه وجود دارد که با توجه به وجود قرائنی در متن و سند آنها نمی‌توان این روایات را به امام معصوم(ع) نسبت داد. وجود این گونه روایات به تنهایی بیانگر این است که پیشینه نگارش متن فقهی از سوی شخصیتی غیر معصوم(ع) و نقل آن، حداقل به عصر حضرات صادقین(ع)، یعنی اوایل قرن دوم می‌رسد.

یکی از این دسته روایات، روایتی است که پس از این از زراره در باره عول نقل خواهیم کرد. سخن زراره در این روایت در بخشی از کافی به صورت روایت موقوف آمده است و در بخش دیگری، به صورت توضیح زراره ذیل روایت امام معصوم(ع) نقل شده است. نقل دوم کلینی دلیل روشن بر این است که نقل اول منتسب به امام معصوم(ع) نیست و سخن شخص زراره می‌باشد.

کلینی روایت دیگری را با سند متصل و صحیح از زراره نقل کرده است.^{۷۸} فاعل کلمه «قال» در این روایت اسم ظاهر، یعنی کلمه «زراره» است، نه ضمیر مستتر. پس احتمال مضمّر بودن روایت متنفی است. متن طولانی روایت مربوط به فروع مورد اختلاف شیعه و اهل سنت و دفاع از شیعه و الزام مخالفان است. کیفیت ساختاری متن نیز سازگاری چندانی با روایات معصومان(ع) ندارد. در عین حال، مهم‌ترین دلیل بر صادر نشدن این روایت از امام معصوم(ع)، سخن عمر بن اذینه در پایان روایت است. او که راوی این گفتار طولانی از زراره است، در پایان از وی می‌پرسد: آیا این سخنان نظر شخصی خودت است؟ او در پاسخ با تعجب می‌گوید: آیا من اینها را از خودم می‌گویم؟! در این صورت گنه‌کار و فاجر خواهم بود. شهادت می‌دهم که آنچه گفتم حقیقتی از جانب خدا و پیامبرش(ص) است.

۷۷. الکافی، ج ۳، ص ۴۱.

۷۸. همان، ج ۷، ص ۱۰۰.

این پرسش و پاسخ، گویای این است که عمر بن اذینه می دانسته که این سخنان به طور مستقیم از امام معصوم (ع) نیست و سخنان شخص زراره است. به همین سبب این پرسش را مطرح کرده است.

علت چنین پرسشی از سوی او این است که اصحاب بزرگ ائمه (ع) در آن دوران از گرفتار شدن در وادی اجتهاد به رای که در آن عصر در میان گروهی از فقیهان اهل سنت رایج بوده است، می ترسیدند و خوف این را داشتند که با استنباطهای فقهی خویش و نقل آنها، در این ورطه خطرناک فروغلتند. در عین حال پاسخ زراره گویای این دیدگاه از جانب اوست که تأمل در کتاب و سنت و استنباط فقهی از آنها و کشف احکام و فروع جدید و یا کشف قواعد از فروع منصوص، اجتهاد به رای و امری ناصواب نیست.

آنچه مهم تر از نقل کلینی می باشد، این است که این عبارت طولانی و غیر منسوب به امام معصوم (ع) توسط راویان بزرگی همچون علی بن ابراهیم و ابن ابی عمیر در آثار خود با سند متصل نقل شده است. بنابراین، به طور قطع می توان گفت که حداقل برخی از روایات موقوف در کتب اربعه از امام معصوم (ع) صادر نشده و سخنان اصحاب ایشان است.

سه. حل اختلاف اخبار

ابن ابی عمیر که روایت گر احادیث فراوانی است، گاهی متذکر اختلاف روایات می شود و به جمع آنها می پردازد. برخی از اینگونه اظهارنظرهای او، گویای فقاقت پربار اوست.

او در روایتی از حلبی نقل می کند که از امام صادق (ع) می پرسد:

مردی همسرش را طلاق داده است در حالی که همه بدن او را لمس کرده ولی با او آمیزش نداشته است. آیا آن زن می بایست بعد از طلاق عده نگه

دارد؟ امام صادق(ع) فرمود: از امام باقر(ع) نیز همین مطلب پرسیده شد و

پدرش امام علی بن الحسین(ع) فرمود: هنگامی که در بسته شود و پرده

ببافتند،^{۷۹} مهر و عده واجب می شود.

ابن ابی عمیر بعد از نقل این روایت می گوید:

روایات در این مورد مختلف است. در برخی همه مهر و در برخی دیگر

نصف مهر واجب شده است. جمع روایات به این است که حاکم بر اساس

ظاهر حکم می کند. پس چون در بسته شد و پرده فرو افتاد مهر واجب

می شود، اما اگر زن می داند که مرد با او آمیزش نکرده است حکم واقعی

میان او و خداوند این است که بیش از نصف مهر را نگیرد.^{۸۰}

همچنین ابن ابی عمیر در روایتی از جمیل بن درّاج از امام صادق(ع) نقل

می کند که آن حضرت در مورد شارب الخمر فرمود: «هر گاه خمر بنوشد به او حد

زده می شود و اگر بار دیگر بنوشد حد دیگری به او زده می شود و اگر برای بار سوم

بنوشد کشته می شود». جمیل می گوید: برخی از اصحاب روایت کرده اند که او

در نوبت چهارم کشته می شود. ابن ابی عمیر برای حل تعارض اخبار می گوید:

«معنای روایات این است که او در بار سوم کشته می شود ولی اگر او را در بار سوم

نزد حاکم نیاورند و نوبت چهارم نزد حاکم آورده شود در نوبت چهارم کشته

می شود».^{۸۱}

چهار. کشف قواعد فقهی

زراره در ذیل روایتی در باب ارث که در آن به فرع خاصی پرداخته شده و در

۷۹. یعنی هنگامی که زن و شوهر با هم خلوت کنند.

۸۰. الکافی، ج ۶، ص ۱۱۰.

۸۱. همان، ج ۷، ص ۲۱۸.

آن، قاعده‌ای کلی ارائه نشده است، به تبیین قاعده‌ای برای نفی موارد عول^{۸۲} که موضوع روایت است می‌پردازد. او در ذیل روایت می‌گوید:

هرگاه خواستی عول را از میان برداری، نقصان در مال میت را بر کسانی قرار ده که زیاده برای آنها است؛ مانند فرزند و برادران پدری. اما شوهر و برادران مادری به هیچ وجه کمتر از فرضی که خداوند برای آنها قرار داده است نمی‌گیرند.^{۸۳}

۸۲. عول افزونی سهام فروض از اصل ترکه است و به اصطلاح مجموع کسرهای سهام، یک کسر بزرگ‌تر از واحد شود؛ مثلاً هرگاه متوفاً، زوجه و پدر و مادر و دو دختر بر جای گذارد، به زوجه یک هشتم، به پدر و مادر یک سوم و به دو دختر دو سوم مال می‌رسد؛ در حالی که مجموع ترکه با مجموع یک سوم و دو سوم و گنجایش یک هشتم را ندارد. همچنین اگر زنی بمیرد و زوج و دو دختر تنی از خود بر جای گذارد، نیمی از ترکه به زوج و دو سوم آن به دو دختر می‌رسد؛ در حالی که مالی که به ارث گذاشته شده، گنجایش مجموع یک دوم و دو سوم را ندارد. این مسئله از جمله مهم‌ترین مسائل فقهی مورد اختلاف شیعه و اهل سنت از صدر اسلام تا کنون بوده است.

از نظر امامیه، عول تحقق نمی‌یابد مگر آنکه در میان ورثه، زوج یا زوجه وجود داشته باشد، بنابراین اگر زوج و زوجه، هر دو میان ورثه نباشند، عول محقق نمی‌شود، اما از نظر اهل سنت حتی در صورت نبودن زوج و زوجه در میان ورثه نیز عول محقق می‌شود. مذاهب چهار گانه اهل سنت به پیروی از برخی صحابه، به عول قائل شده‌اند؛ یعنی اینکه باید از سهم همه صاحبان فریضه به نسبت سهمی که دارند، بدون تقدم صاحب فرضی بر صاحب فرض دیگر کم شود. شیعه امامیه به پیروی از امام علی(ع) عول را قبول ندارند و بر آنند که نقص فقط از سهم برخی از ورثه کم می‌شود و نه از سهم همه. از دیدگاه شیعه امامیه، اگر مالی که از متوفاً به جای مانده، کمتر از سهام ورثه باشد، سهام مؤکد یعنی سهام پدر و مادر و زوج و زوجه بر سهام دختران و خواهران مادری و همچنین بر سهام خواهران پدر و مادری یا خواهران پدری مقدم می‌شود؛ یعنی بعد از کسر سهم صاحبان فرض مؤکد، آنچه باقی بماند، به صاحبان سهم غیر مؤکد می‌رسد. برای آگاهی بیشتر در این زمینه مراجعه شود به: نشریه فقه اهل بیت(ع)، شماره ۵۵، ص ۴۵. مقاله «عول در فرائض و حکم آن» تألیف آیت الله جعفر سبحانی.

۸۳. الکافی، ج ۷، ص ۹۶؛ شیخ صدوق این روایت را با تفصیل بیشتری در گفتار امام باقر(ع) و گفتار زرارہ نقل کرده است: من لا یحضره الفقیه، ج ۴، ص ۲۶۵.

نکته قابل توجه این است که شیخ کلینی این بخش از سخن زراره را به طور مستقل و بدون نقل روایت امام معصوم (ع) در قسمت دیگری از کافی آورده است.^{۸۴} چنین نقلی از کلینی گویای نوعی اعتنا و توجه به اجتهادات غیر معصومان (ع) است و گرایشی از جانب او به تدوین متنی فقهی نه فقط بر پایه نقل روایت از معصومان (ع)، بلکه بر اساس استنباط فقهی فقها است.

نتیجه

با توجه به آنچه در طی بندهای پیشین گذشت می توان به این نتیجه رسید که هر چند صبغه غالب در آثار فقهی اصحاب ائمه (ع) پیش از عصر غیبت امام زمان (ع)، نقل روایات معصومان (ع) می باشد، اما در کنار آن به روشنی می توان آثاری مستقل و غیر مستقل از تلاش ها و استنباطهای فقهی فقیهان در جهت شرح و تفسیر روایات، حل اختلاف اخبار، کشف قواعد فقهی، ابداع فروع جدید و دفاع از آراء فقهی شیعه در مقابل مخالفین را یافت.

منابع و مأخذ

۱. الاستبصار فیما اختلف من الأخبار، ابو جعفر محمد بن الحسن طوسی، دار الکتب الإسلامية، تهران- ایران، اول، ۱۳۹۰ هـ. ق.
۲. الأصول الاربعه، اسعد کاشف الغطاء، بی جا، بی تا.
۳. الأصول الستة عشر، جمعی از علما، دار الشبستری للمطبوعات، قم- ایران، اول، بی تا.
۴. إعلام الوری بأعلام الهدی، الشیخ الطبرسی، مؤسسة آل البيت علیهم السلام لإحياء التراث، قم، اول، ربيع الأول ۱۴۱۷ هـ. ق.

۸۴. الکافی، ج ۷، ص ۸۲.

- ۵ . اعیان الشیعة، سید محسن امین، دارالتعارف للمطبوعات، بیروت، ۱۴۰۳ هـ. ق.
- ۶ . الانتصار فی انفرادات الإمامیة، شریف مرتضی، علی بن الحسین موسوی، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم - ایران، اول، ۱۴۱۵ هـ. ق.
- ۷ . الايضاح، فضل بن شاذان، تحقیق سید جلال الدین ارموی، دانشگاه تهران، تهران، اول، ۱۳۶۳ هـ. ش.
- ۸ . بحار الأنوار، محمد باقر مجلسی، مؤسسة الطبع والنشر، بیروت - لبنان، اول، ۱۴۱۰ هـ. ق.
- ۹ . فصلنامه پژوهشی دانشگاه امام صادق (ع)، دانشگاه امام صادق (ع)، تهران.
- ۱۰ . تأسیس الشیعه، سید حسن صدر، منشورات الأعلمی، تهران، بی تا.
- ۱۱ . التنقیح فی شرح العروة الوثقی، سید ابوالقاسم خویی، نشر به اهتمام لطفی، قم، اول، ۱۴۱۸ هـ. ق.
- ۱۲ . توضیح المقال فی علم الرجال، ملا علی کنی، دارالحديث، قم، ۱۳۷۹ هـ. ش.
- ۱۳ . تهذیب الأحکام، ابو جعفر محمد بن الحسن طوسی، دار الکتب الإسلامیة، تهران - ایران، چهارم، ۱۴۰۷ هـ. ق.
- ۱۴ . جامع المقاصد فی شرح القواعد، محقق ثانی، علی بن الحسین کرکی، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، قم - ایران، دوم، ۱۴۱۴ هـ. ق.
- ۱۵ . جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، محمد حسن نجفی، دار إحياء التراث العربی، بیروت - لبنان، هفتم، ۱۴۰۴ هـ. ق.
- ۱۶ . الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة، یوسف بن احمد بن ابراهیم بحرانی، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم - ایران، اول، ۱۴۰۵ هـ. ق.

- ۱۷ . حياة ابن أبي عقيل و فقهه، حسن بن علي بن ابي عقيل حذاء عمانى، مركز معجم فقهى، قم-ايران، اول، ۱۴۱۳ هـ. ق.
- ۱۸ . دراسات في علم الدراية، على اكبر غفارى، جامعة الإمام الصادق(ع)، اول، ۱۳۶۹ هـ. ش.
- ۱۹ . الدروس الشرعية في فقه الإمامية، شهيد اول، محمد بن مكى عاملى، دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، قم-ايران، دوم، ۱۴۱۷ هـ. ق.
- ۲۰ . الذريعة، آقا بزرگ طهرانى، دار الأضواء-بيروت، لبنان، سوم، ۱۴۰۳ - ۱۹۸۳ م.
- ۲۱ . ذكرى الشيعة في أحكام الشريعة، شهيد اول، محمد بن مكى عاملى، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، قم-ايران، اول، ۱۴۱۹ هـ. ق
- ۲۲ . رجال النجاشى- فهرست أسماء مصنفى الشيعة، ابو الحسن احمد بن على نجاشى، دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، قم-ايران، ۱۴۰۷ هـ. ق.
- ۲۳ . رسائل الشريف المرتضى، شريف مرتضى، على بن الحسين موسى، دار القرآن الكريم، قم-ايران، اول، ۱۴۰۵ هـ. ق.
- ۲۴ . الرواشح السماوية، ميرداماد، محمد باقر حسيني استر آبادى، تحقيق: غلامحسين قيصرىه ها و نعمة الله جليلى، دار الحديث للطباعة والنشر، اول، ۱۴۲۲-۱۳۸۰ هـ. ش.
- ۲۵ . الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية(المحشى-كلانتر)، شهيد ثانى، زين الدين بن على عاملى، كتابفروشى داورى، قم-ايران، اول، ۱۴۱۰ هـ. ق.
- ۲۶ . رياض العلماء، عبدالله افندى اصفهانى، مطبعة خيام، قم، ۱۴۰۱ هـ. ق.
- ۲۷ . السرائر الحاوي لتحرير الفتاوى، ابن ادریس حلى، محمد بن منصور بن

- احمد حلی، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم-ایران، دوم، ۱۴۱۰ هـ. ق.
۲۸. فصلنامه، سفینه مؤسسه فرهنگی نبأ مبین، تهران.
۲۹. شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، محقق حلی، نجم الدین جعفر بن الحسن، مؤسسه اسماعیلیان، قم-ایران، دوم، ۱۴۰۸ هـ. ق.
۳۰. فصلنامه صحیفه مبین، معاونت فرهنگی دانشگاه آزاد اسلامی، تهران.
۳۱. صحیح البخاری، البخاری، دار الفکر للطباعة والنشر والتوزیع، ۱۴۰۱ هـ. ق - ۱۹۸۱ م.
۳۲. الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية (المحشی - کلانتر)، شهید ثانی، زین الدین بن علی عاملی، کتابفروشی داوری، قم-ایران، اول، ۱۴۱۰ هـ. ق.
۳۳. فصلنامه علوم حدیث، دانشگاه علوم حدیث، قم.
۳۴. فتح الباری، ابن حجر، دار المعرفة للطباعة والنشر، بیروت، دوم، بی تا.
۳۵. فرائد الأصول، شیخ انصاری، تحقیق: لجنة تحقیق تراث الشیخ الأعظم، مجمع الفکر الاسلامی، قم، اول، شعبان المعظم ۱۴۱۹ هـ. ق.
۳۶. فقه الرضا، منسوب به امام رضا، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، مشهد-ایران، اول، ۱۴۰۶ هـ. ق.
۳۷. الفوائد الرجالية، وحید بهبهانی، بی جا، بی تا.
۳۸. الفوائد الرجالية، سید محمد مهدی بحر العلوم، مکتبه الصادق، تهران، اول، ۱۳۶۳ هـ. ش.
۳۹. الفهرست، ابو جعفر محمد بن الحسن طوسی، المکتبه المرتضویه، نجف اشرف-عراق، اول، بی تا.
۴۰. دو فصلنامه تخصصی کتاب شیعه، مؤسسه کتاب شناسی شیعه، قم.
۴۱. الکافی، کلینی، ابو جعفر محمد بن یعقوب بن اسحاق، دار الکتب الاسلامیه، تهران-ایران، چهارم، ۱۴۰۷ هـ. ق.

- ۴۲ . كفاية الأصول، آخوند خراساني، مؤسسة آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث، قم، اول، ربيع الأول ۱۴۰۹ هـ. ق.
- ۴۳ . لوامع صاحبقراني، محمد تقى مجلسى، مؤسسه اسماعيليان، قم - ايران، دوم، ۱۴۱۴ هـ. ق.
- ۴۴ . مبانى تكملة المنهاج، سيد ابو القاسم موسى خويى، ۲ جلدی، مؤسسة إحياء آثار الإمام الخوئي ره، قم - ايران، اول، ۱۴۲۲ هـ. ق.
- ۴۵ . مجمع الرجال، عنايت الله قهپايى، مؤسسه اسماعيليان، قم، بى تا.
- ۴۶ . مجمع الفائدة و البرهان في شرح إرشاد الأذهان، احمد بن محمد اردبيلی، دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، قم - ايران، اول، ۱۴۰۳ هـ. ق.
- ۴۷ . مجموعة فتاوى ابن أبى عقيل، حسن بن على بن ابى عقيل حدّاء عمانى، قم - ايران، اول، بى تا.
- ۴۸ . مختلف الشيعة فى احكام الشريعة، علامه حلّى، الحسن بن يوسف بن مطهر اسدى، دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، قم - ايران، دوم، ۱۴۱۳ هـ. ق.
- ۴۹ . مدارك الاحكام في شرح شرائع الإسلام، محمد بن على موسى عاملی، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، بيروت - لبنان، اول، ۱۴۱۱ هـ. ق.
- ۵۰ . مرآة العقول في شرح أخبار آل الرسول، محمد باقر مجلسى، دارالكتب الإسلامية، تهران - ايران، دوم، ۱۴۰۴ هـ. ق.
- ۵۱ . مسالك الافهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، شهيد ثانی، زين الدين بن على عاملی، مؤسسة المعارف الإسلامية، قم - ايران، اول، ۱۴۱۳ هـ. ق.
- ۵۲ . مستند الشيعة في أحكام الشريعة، مولى احمد بن محمد مهدى نراقى، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، قم - ايران، اول، ۱۴۱۵ هـ. ق.

۵۳. معالم العلماء، ابن شهر آشوب، قم، بی نا، بی تا.
۵۴. المعتمد فی شرح المختصر، محقق حلّی، نجم الدین جعفر بن الحسن، مؤسسه سید الشهداء علیه السلام، قم-ایران، اول، ۱۴۰۷ هـ. ق
۵۵. معجم رجال الحديث و تفصیل طبقات الرواة، سید ابو القاسم موسوی خویی، قم، بی نا، بی تا.
۵۶. مقباس الهدایه، عبدالله مامقانی، مؤسسه آل البيت (ع)، قم، اول، ۱۴۱۱ هـ. ق.
۵۷. المقنع، صدوق، محمد بن علی بن بابویه قمی، مؤسسه امام هادی علیه السلام، قم-ایران، اول، ۱۴۱۵ هـ. ق.
۵۸. المقنعة، مفید، محمد بن محمد بن نعمان عکبری، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، قم-ایران، اول، ۱۴۱۳ هـ. ق.
۵۹. من لا یحضره الفقیه، صدوق، محمد بن علی بن بابویه قمی، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم-ایران، دوم، ۱۴۱۳ هـ. ق.
۶۰. متقی الجمان فی الاحادیث الصحاح والحسان، حسن بن زین الدین، تحقیق علی اکبر غفاری، مؤسسه نشر اسلامی، قم، ۱۳۶۲ هـ. ش.
۶۱. فصلنامه نامه مفید، دانشگاه مفید، قم.
۶۲. النجعة فی شرح اللمعة، محمد تقی شوشتری، کتابفروشی صدوق، تهران-ایران، اول، ۱۴۰۶ هـ. ق.
۶۳. نهیة الدراية، السید حسن الصدر، تحقیق ماجد الغرباوی، قم، نشر المشعر، بی تا.
۶۴. النهاية فی مجرد الفقه و الفتاوی، طوسی، ابو جعفر محمد بن الحسن، دار الكتاب العربي، بیروت-لبنان، دوم، ۱۴۰۰ هـ. ق.
۶۵. وسائل الشیعة، محمد بن الحسن حرّ عاملی، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، قم-ایران، اول، ۱۴۰۹ هـ. ق.

مطالعه تطبیقی دیدگاه حقوقی اروپایی با دیدگاه حقوقی اسلامی

○ علی قربانی *

○ جعفر موحدی **

چکیده

در تفکر اروپایی با جهان بینی مادی، دیدگاه فلسفی مبتنی بر فرد محوری و جمع محوری است. دیدگاه حقوقی نیز مبتنی بر دو نوع از مکاتب حقوقی و سیستم دادرسی است که یکی از آنها بر پایه فردمحوری شکل گرفته و مکتب فردی - طبیعی نام دارد و سیستم دادرسی آن اتهامی است؛ دیگری بر پایه جمع محوری شکل گرفته و مکتب تحقیقی - اجتماعی نامیده شده و سیستم دادرسی آن تفتیشی است. در تفکر اسلامی با جهان بینی الهی و فلسفه خدا محور نیز می توان دیدگاه حقوقی (مکتب حقوقی و سیستم دادرسی) متناسب با آن ریافت و از آن با عنوان مکتب حقوقی الهی - فطری و سیستم دادرسی اسلامی یاد کرد.

کلید واژگان: حقوق اسلامی، حقوق اروپایی، سیستم دادرسی، مکتب فردی - طبیعی، مکتب تحقیقی - اجتماعی، مکتب حقوقی الهی - فطری.

* استاد یار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه آزاد اسلامی واحد چالوس .

** دانشجوی دکترای حقوق جزا و جرم شناسی دانشگاه آزاد اسلامی واحد علوم تحقیقات .

با مطالعات گسترده در تاریخ اروپا، دو نوع مکتب حقوقی و سیستم دادرسی مشاهده می‌شود: یکی مکتب حقوقی فردی - طبیعی متأثر از فلسفه فرد محوری است و در آن، فرد، اصیل است و هدف، حفظ حقوق و آزادی‌های اوست؛ همچنین سیستم دادرسی که متناسب با آن تعریف شده و تأمین‌کننده هدف یادشده است، سیستم دادرسی اتهامی است. در مقابل، با پذیرش اصالت جمع محوری، مکتب حقوقی متأثر از این تفکر، مکتب حقوقی تحقیقی - اجتماعی است که در آن، جامعه اصیل است و هدف، حفظ امنیت و نظم عمومی جامعه است؛ سیستم دادرسی هم متناسب با آن که برای حفظ هدف مذکور تعریف شده، سیستم دادرسی تفتیشی است.

سؤالی با این پیش فرض بیان می‌شود که آیا می‌توان در اسلام نیز مکتب حقوقی و سیستم دادرسی متناسب با دیدگاه فلسفی اش مطرح کرد؟
 فقه ۱۴۰۰ سال پیش، در مباحث مربوط به آیین دادرسی که بیشتر در بخش قضا و شهادت مطرح است، گستردگی چندانی ندارد؛ لکن با کمی دقت و ریز بینی می‌توان در مقابل مکتب حقوقی و سیستم دادرسی اروپایی، نوعی مکتب حقوقی و سیستم دادرسی متناسب با فلسفه خدامحوری استخراج کرد و آن را با عنوان «مکتب حقوقی الهی - فطری و سیستم دادرسی اسلامی» مطرح کرد.

مطالب در دو گفتار بیان می‌شود:

گفتار اول - دیدگاه حقوقی اروپایی؛

گفتار دوم - دیدگاه حقوقی اسلامی.

گفتار اول - دیدگاه حقوقی اروپایی

این دیدگاه به مکاتب حقوقی و سیستم دادرسی ناظر بر آن، توجه کرده است.

بند اول - مکاتب حقوقی اروپایی

مکاتب حقوقی اروپایی به دو مکتب حقوقی طبیعی و فردی، و مکتب حقوقی تحقیقی و اجتماعی تقسیم می شود:

الف) مکتب فردی - طبیعی

طرفداران این مکتب، به وجود قواعدی والا و طبیعی معتقد هستند که برتر از اراده حکومت است و حکومت ها وظیفه دارند آن قواعد را به دست آورند و از آنها حمایت کنند. در این مکتب، توجه به حقوق طبیعی انسان است، نه خداوند؛ زیرا نه تنها عقل بشر در همه حال به قواعد طبیعی حکم می کند، این حقوق لازمه شخصیت انسان و همیشه با اوست. به عبارتی، حقوق طبیعی چنان با سرشت آدمی آمیخته است که هیچ عاملی نمی تواند آن را از او جدا، و یا به دیگران منتقل سازد.

در واقع هدف حقوق طبیعی، حمایت از حقوق فردی و آزادی های انسان است. در این مکتب، آزادی، ارزش برتر است. بنابراین، آزادی فردی همیشه به صورت قاعده کلی محترم است، و حکومتی که نماینده افراد است تنها به طور استثنائی و محدود می تواند آن را سلب کند. وانگهی، بهترین وسیله تأمین سعادت جامعه، احترام به آزادی و اراده فرد است؛ آزادی سیاسی، بهترین حکومت ها را به وجود می آورد و آزادی اقتصادی بهترین وسیله تولید و توزیع ثروت ملی است. بدین ترتیب، حقوق طبیعی مجموعه قواعدی است که از حقوق فردی حمایت، و حداکثر آزادی را تأمین می کند.^۱

ب) مکتب تحقیقی - اجتماعی

طرفداران این مکتب، حقوق را ناپایدار و تحت تأثیر وضع حکومت و سیر تاریخی هر جامعه می دانند. در این مکتب، با هرگونه قواعد آرمانی و برتر از حقوق ۱. کاتوزیان، ناصر، مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، ص ۲۰-۲۴.

حاکم بر اجتماع مخالفت شده و توانایی عقل انسان در یافتن بهترین راه حل ها و عام بودن حقوق طبیعی، یکسره انکار گردیده است؛ انسان تنها و دور از اجتماع، موجودی خیالی است و آنچه حقیقت دارد، اجتماع و انسان ها و زندگی مشترك ایشان است؛ چگونگی همین زندگی است که باید موضوع مطالعه و گفتگو قرار گیرد. مشاهده این زندگی نشان می دهد که قواعد حاکم بر آن یکسان نیست و هر جامعه قوانین ویژه خود را دارد. هر گروه در زمان و مکان و شرایط اقتصادی و تاریخی و جغرافیایی خاص است و برای ایجاد نظم از قواعد معینی پیروی می کند. در این مکتب، حفظ نظم عمومی جامعه و مصالح و منافع اساسی آن در اولویت قرار دارد.^۲

بند دوم - سیستم دادرسی اروپایی

سیستم دادرسی اروپایی را در دو قالب می توان مشاهده کرد: سیستم دادرسی اتهامی؛ سیستم دادرسی تفتیشی.

الف) سیستم دادرسی اتهامی^۳

سیستم اتهامی، قدیمی ترین شیوه رسیدگی به دعاوی است. این سیستم از لحاظ تاریخی در خاور نزدیک (سومر و بابل)، روم، یونان قدیم و در فرانسه پس از هجوم وحشیان،^۴ به ویژه در قرن نهم میلادی وجود داشته و در حال حاضر نیز با تغییراتی چند و تحولاتی اجتناب ناپذیر، در کشورهای آمریکای شمالی، کانادا،
۲. همان، ص ۲۰-۲۶.

3. Systeme Accusatoire

۴. در سال ۳۳۰ میلادی امپراطور کنستانتین پایتخت روم شرقی را به بیزانس انتقال داد و آن را کن ستانتی نوپن (قسطنطنیه) نامید. امپراطوری روم غربی در سال ۴۷۵ با هجوم وحشیان شمال اروپا و امپراطوری روم شرقی در سال ۱۴۵۳ میلادی به دست سلطان محمد فاتح منقرض گردید.

انگلستان و بسیاری از مستعمرات سابق بریتانیای کبیر، حاکم است.^۵ در واقع اولین سیستم دادرسی که در جهان به وجود آمد، سیستم دادرسی اتهامی بود. در تعدادی از کشورها داوری بر مبنای اصول و ویژگی های این سیستم انجام می شد؛ به ویژه در کشورهای غربی. پیشنهاد ایجاد این سیستم، به کشور انگلستان برمی گردد، اما به طور رسمی در بعضی از کشورهای غربی، مورد استقبال قانون گذار قرار گرفت و در مدت زمان طولانی نیز حاکمیت داشت. در حال حاضر، این سیستم علاوه بر انگلستان، در کشورهای آمریکا، استرالیا و کانادا اعمال می شود.^۶ دادرسی اتهامی در زمان های گذشته تقریباً در تمام کشورهای اروپایی معمول بوده و یک روش دادرسی عمومی به شمار می آمده است. در دوران گذشته، تعقیب و مجازات بزهکار، بر پایه انتقام جویی و قصاص زیان دیده از جرم قرار داشت و معتقد بودند که با کیفر دادن بزهکار آلام کسان او (اولیای دم) تسکین می یابد. بنابراین، پایه و اساس دادرسی اتهامی، قصاص و انتقام شخصی بوده است.

به نظر پروفیسور بوزا، دادرسی اتهامی، خود از مراحل و سیستم های تکامل یافته آیین دادرسی کیفری است؛ زیرا به موجب این روش، انتقام گیری شاکی خصوصی تحت قاعده و قانون درآمده در برابر یک نفر شاهد قرار می گیرد. این شاهد همان قاضی است.^۷ در یونان و روم قدیم، دادرسی اتهامی به طور کامل مجری بوده است؛ بعدها با کم و بیش تغییر و تحول، در حقوق کشورهای گروه آلمان و اتریش وارد می شود و سپس حقوق کشور فرانسه را به شدت تحت تأثیر قرار می دهد. در دوران معاصر، این سیستم در هیچ کشوری به طور کامل و سستی

۵. آشوری، آیین دادرسی کیفری، ج ۱، ص ۲۶-۲۷.

۶. جویباری، رجب گلدوست، کلیات آیین دادرسی کیفری، ص ۲۳.

7. Bouzai et pinatL

مطلق خود اجرا نمی شود و حتی در کشور انگلستان که افراد جامعه برای آداب و سنن تاریخی اهمیت بیشتری قائلند و به حفظ آنها علاقه مندند، دادرسی اتهامی به شیوه قدیمی آن اجرا نمی شود.

به ویژه از سال ۱۸۸۶ پیگیری جرائم را به مقامات خاص واگذار کرده اند که مانند قضات دادسرا در نظام فرانسوی، جرائم را پیگیری می کنند. به عبارت دیگر، از این حیث و از جهات متعدد دیگر، روش اتهامی را کنار گذاشته اند، ولی به هر حال، بسیاری از اصول مهم آن، هنوز هم در انگلستان و ممالک متحده آمریکای شمالی وجود دارد.^۸

دادرسی اتهامی اصولاً به کشورهای اختصاص دارد که نوع حکومت و نظام سیاسی آنها مبتنی بر دموکراسی باشد. علاوه بر این، دیگر خصوصیت این سیستم دادرسی، این است که بیشتر در جهت رعایت حقوق و آزادی های فردی که در قانون اساسی کشورها تضمین شده، گام برمی دارد.^۹ بنابراین از نظر سیاسی، دادرسی اتهامی با رژیم مردم سالاری، رژیم هایی که شرکت گسترده شهروندان در امور عمومی را تنظیم می کنند، و برای فرد و حقوق وی در برابر دولت جایگاهی والا قائل هستند، سازگاری دارد. این دادرسی منافع شخص تحت تعقیب را به طور بسیار مؤثر تضمین می کند. در واقع دلیل نام گذاری این نوع دادرسی، این است که به ابتکار متهم کننده آغاز شده و در تمام مدت دادرسی، مباحثه بین شخصی که تعقیب می شود و حریف او که متهم می کند، جریان دارد.^{۱۰}

در این سیستم، از حقوق متهم به بهترین شکل دفاع می شود؛ چرا که وی در

۸. آخوندی، آیین دادرسی کیفری، ج ۱، ص ۵۱-۵۲.

۹. جویباری، رجب گلدوست، کلیات آیین دادرسی کیفری، ص ۵۳.

۱۰. استفانی، گاستون و ...، آیین دادرسی کیفری، ج ۱، ص ۵۳.

کمال آزادی و برابری، از خودش در مقابل شاکی^{۱۱} دفاع می‌کند. اما متأسفانه در این سیستم منافع جامعه در خطر است؛ چرا که در واقع مجرم هرگز نه از شاکی بیم دارد که به سبب ترس با بی‌علاقگی و یا منافعش از اقامه دعوا صرف نظر می‌کند؛ و نه از قاضی؛ زیرا قاضی نیز امکانات اندکی برای تحقیقات دارد.^{۱۲}

ویژگی‌های این سیستم به شرح ذیل است:

۱. ضرورت طرح شکایت از سوی شاکی

در این سیستم، به علت تفکیک نشدن دقیق مجازات از جبران خسارت، که خود نتیجه تفکیک نشدن نظم عمومی از منافع فردی است، تعقیب متهم فقط در صورتی امکان‌پذیر است که زیان دیده از جرم به قاضی مراجعه و شکایت کند. این قاعده معروف و قدیمی که در صورت فقدان شاکی، قاضی حق دخالت ندارد^{۱۳}، به وضوح نقش زیان دیده از جرم را، در تعقیب بزهکاری در سیستم اتهامی نشان می‌دهد. در این سیستم، برای جلوگیری از طرح شکایت‌های ناروا، شاکی را سوگند می‌دادند که از دعوای خود تا پایان محاکمه صرف نظر نکند؛ در غیر این صورت، به مجازات اتهامی که به دیگران وارد آورده یا حسب مورد، به مجازات دیگری محکوم می‌گردد.

چنان که از نام این نوع دادرسی برمی‌آید، تعقیب به وسیله واردکننده اتهام آغاز می‌شود. متهم کننده به مقام عمومی مراجعه می‌کند و ارتکاب جرم را به حریف خود نسبت می‌دهد.

11. L'accusateur

۱۲. ژان لارگیه، آیین دادرسی کیفری فرانسه، ص ۲۳.

۱۳. این قاعده در زبان آلمانی با عبارت «Kleiger Kein Richter Ohne»، و در زبان فرانسوی با عبارت «Fautede Pleignant Pasde Judge» بیان شده است.

چه کسی می تواند متهم کننده باشد؟

در گذشته های بسیار دور، این حق منحصرأ متعلق به قربانی جرم و نزدیکان او بود. اقدام با دعوای مدنی، فرق بسیار کمی دارد. در سیستمی که هدایت دادرسی جزایی با متهم کننده خصوصی است، انصراف آن بر اثر معامله یا به هر دلیل دیگر، جنایات را بدون مجازات باقی می گذارد. از این رو در حقوق یونان و روم، متهم کننده باید برای تعقیب متهم تا صدور رأی قسم یاد کند. از سوی دیگر، اتهام، خطرهای شدیدی داشت. الزام به ابتکار تعقیب و تحمل بار قضایی و مالی هدایت تعقیب، به عهده متهم کننده بود. با اجرای نظریه قصاص، متهم کننده بیشتر اوقات، در صورت معافیت متهم، در معرض مجازات های اتهامی قرار می گرفت که به متهم وارد کرده بود. همه کشورهایی که این نوع دادرسی را به کار بردند، ناچار از پیش بینی نارسایی ممکن اتهام بوده و کوشیده اند جایگزینی برای آن قرار دهند. فوستن هلی^{۱۴} می گوید: در فرانسه از قرن سیزدهم، در اطراف دادگاه های مختلف، طبقه ای از مأموران متعدد و دادستان ها حضور داشتند که وظیفه نمایندگی طرفین را در دادگستری برعهده می گرفتند. ارباب ها خودشان یک دادستان داشتند و از اواسط قرن چهاردهم، دادستان پادشاه نیز حضور یافت که در دادرسی جزایی ما مستقر شد و ابتکار تعقیب، مستقل از متهم کننده خصوصی (۲۸ دسامبر ۱۳۵۵) به او واگذار گردید. بدین ترتیب، هنگام گسترش قدرت پادشاهی یک نهاد متهم کننده متخصص، مأمور نمایندگی موضوعی برای منافع اجتماعی ایجاد می شود که ما آن را دادسرا می نامیم.^{۱۵}

البته در کشورهایی که سیستم اتهامی را پذیرفته اند، ابتدا شهروندان، به طور خصوصی اقدام به تعقیب می کردند؛ ولی به تدریج، کار تحقیق در خصوص

15. Faustin Helie

۱۵. استفانی، گاستون و ...، آیین دادرسی کیفری، ج ۱، ص ۵۴.

جرائم کیفری، به نهادهای کیفری و مأموران دولت، یعنی پلیس واگذار شد. آغاز جریان رسیدگی، با دادستان است که معمولاً حق گزینش دارد؛ بدین معنا که می‌تواند قضایایی را انتخاب کند که به نظر وی شرح آن در دادگاه ارزش دارد. به محض آغاز جریان رسیدگی، سایر افراد خصوصی، جز در مقام شاهد، دیگر نقش دیگری نخواهند داشت.^{۱۶} بنابراین در این سیستم، تعقیب متهم بر عهده مدعی خصوصی فرد زیان دیده از جرم است و تا زمانی که مدعی خصوصی یا شاکی، اقامه دعوی یا طرح شکایت نکند، دستگاه قضایی وظیفه‌ای در تعقیب متهم ندارد. در همین راستا، بار اثبات دعوی بر دوش مدعی است و قاضی وظیفه‌ای در جمع آوری دلایل ندارد؛ بلکه شخص شاکی ملزم است که شواهد ارتکاب عمل مجرمانه را به دادگاه عرضه کند. دادگاه نیز بر همین اساس رسیدگی و قضاوت می‌کند. بی‌طرفی کامل قاضی در این سیستم رعایت می‌شود.^{۱۷}

۲. شفاهی^{۱۸} بودن رسیدگی

در این سیستم، دادرسی به صورت شفاهی انجام می‌شود؛ یعنی هیچ گونه الزامی وجود ندارد که دلایل و دفاعیات به صورت مکتوب تنظیم شود؛ بلکه قاضی می‌تواند بر اساس شنیده‌های شاکی و دفاع متهم در جلسه دادگاه، رسیدگی و حکم صادر می‌کند. البته این امر بدین معنا نیست که هیچ مطلبی مکتوب نشود. ممکن است منشی دادگاه دلایل شاکی و دفاعیات متهم را صورت جلسه کند.^{۱۹} بنابراین به علت محروم بودن مردم از نعمت سواد و کتابت، دادرسی با بیان شفاهی ادعای

۱۶. کاسسه، آنتونیو، حقوق بین‌المللی کیفری، ص ۴۵۳.

۱۷. گلدوست جویباری، رجب، کلیات آیین دادرسی کیفری، ص ۲۴.

18. Oralei

۱۹. گلدوست جویباری، رجب، کلیات آیین دادرسی کیفری، ص ۲۴.

شاکی و دفاع حضوری متهم صورت می پذیرفت.^{۲۰}

بدین ترتیب، در این سیستم پرونده کتبی وجود ندارد؛ اظهارات طرفین دعوی نوشته نمی شود؛ شاکی خصوصی به طور شفاهی اعلام شکایت می کند و متهم نیز به همان صورت دفاع می کند.^{۲۱}

۳. علنی بودن محاکمات^{۲۲}

منظور از علنی بودن محاکمه، این است که افراد جامعه می توانند در جلسات دادگاه حاضر شوند و صحنه قضاوت را از نزدیک تماشا کنند؛ اظهارات طرفین را بشنوند؛ از جریان دادرسی به طور کامل آگاه شوند و آن را ارزیابی کنند. با این روش، احکام بلافاصله بعد از صدور، در اختیار افکار عمومی قرار می گیرد.^{۲۳}

بدین ترتیب، همه کسانی که اجازه شرکت در محاکمه را دارند می توانند در جلسه دادرسی حضور یابند و محاکمه را مشاهده کنند. در روم قدیم، محاکمه در بازار عمومی شهر صورت می گرفت و در دوره جمهوری، روزهایی که محاکمه می بایست در آن انجام می شد،^{۲۴} بر مبنای محاسبات نجومی و با توجه به ایام سعد و نحس تعیین می گردید و به اطلاع عموم می رسید.

طبق سنن ژرمنی، شاکی از متهم دعوت می کرد که ظرف هفت روز در مقابل شهود او ظاهر شود و رسیدگی، در حضور همه کسانی صورت می گرفت که مایل به شرکت در محاکمه بودند.^{۲۵}

۲۰. آشوری، آیین دادرسی کیفری، ج ۱، ص ۲۸.

۲۱. آخوندی، آیین دادرسی کیفری، ج ۱، ص ۵۰.

22. Publiquee

۲۳. آخوندی، آیین دادرسی کیفری، ج ۱، ص ۵۰.

24. Dies Fast

۲۵. آشوری، آیین دادرسی کیفری، ج ۱، ص ۲۸.

۴. تدافعی^{۲۶} بودن رسیدگی

محاكمه به صورت تدافعی انجام می شود؛ بدین معنا که شاکی خصوصی اعلام جرم می کند و متهم از خود دفاع می کند. مدعی خصوصی و متهم، هر دو مانند خواهان و خوانده در دعوای عمومی در یک محل قرار می گیرند و مرافعه می کنند. حتی تحقیق از شهود را نیز طرفین انجام می دهند، نه قاضی.^{۲۷}

هم شاکی و هم متهم، در اقامه دعوی آزادی کامل دارند. در همان جلسه اول، متهم از شواهدی که علیه او عرضه گردیده، مطلع می شود و می تواند از همان ابتدا وکیل خود را معرفی کند. بنابراین، حق دفاع متهم در این سیستم به خوبی تضمین شده است.^{۲۸} بدین ترتیب، شاکی باید ادله موجود علیه متهم را تا جلسه دادرسی عرضه کند. به علت فقدان مرحله بازپرسی یا بازجویی مقدم بر جلسه محاکمه، متهم دست کم در جلسه رسیدگی، از همه اتهامات و ادله مثبت آن اطلاع می یافت و درباره این ادله آزادانه بحث و گفتگو می شد. پس از دفاع متهم و پایان پذیرفتن تحقیقات دادگاه، قاضی که حکم محسوب می شد، با در نظر گرفتن ادله طرفین، به صدور حکم اقدام می کرد.^{۲۹}

۵. خصوصیات قاضی

شخصی که به موضوع اتهام رسیدگی می کند، قاضی حرفه ای نیست و در امر دادرسی کیفری، اطلاعات قضایی ویژه ای ندارد. در حقیقت، افراد عادی که هم طبقه خود متهم هستند، او را محاکمه و مجازات می کنند.^{۳۰}

26. Contradictaires

۲۷. آخوندی، آیین دادرسی کیفری، ج ۱، ص ۵۱-۵۰.

۲۸. گلدوست جویباری، رجب، کلیات آیین دادرسی کیفری، ص ۲۵.

۲۹. آشوری، آیین دادرسی کیفری، ج ۱، ص ۲۸.

۳۰. آخوندی، آیین دادرسی کیفری، ج ۱، ص ۵۰.

در این سیستم، چون مبتنی بر اصول دموکراسی است، همانند دیگر امور اجتماعی که مشارکت عمومی در آنها پذیرفته شده، این امکان وجود دارد که قضات از میان افراد جامعه انتخاب شوند. در گذشته دور، الزامی نبود که قضات از میان متخصصان حقوق انتخاب شوند؛ البته این موضوع در سال های اخیر، به دلیل تخصصی شدن کار قضاوت، تعدیل شده است. در حال حاضر، در کشورهای که مبتنی بر این سیستم دادرسی هستند، مثل انگلستان، قضات از میان وکلایی انتخاب می شوند که دارای حداقل پنج سال سابقه کار باشند.^{۳۱}

۶. اقناع وجدان قاضی^{۳۲}

اصل اقناع وجدان، در این سیستم کارایی بالایی دارد. قاضی، قدرت ارزیابی دلایل را دارد و حتی می تواند برخلاف ادله قانونی رأی صادر کند. بنابراین، اگر کسی را به عنوان مرتکب جرم نزد او آورده اند و اقرار هم کرده باشد، اما برای قاضی علم حاصل نشده باشد که این فرد مرتکب جرم شده، بلکه علم حاصل شود که فرد دیگری مرتکب جرم گردیده است، قاضی می تواند برخلاف اقرار شخص مقرر، رأی صادر کند؛ زیرا ارزیابی دلایل و اقناع وجدان، برعهده قاضی است.^{۳۳}

۷. فقدان رسیدگی پژوهشی

قضات همانند داوران بی طرف، صحنه مرافعه را تماشا می کنند و پس از شنیدن سخنان طرفین، دلایل را بررسی، و آن گاه مبادرت به انشای رأی می کنند.

۳۱. گلدوست جویباری، رجب، کلیات آیین دادرسی کیفری، ص ۲۵.

32. L'intime Convictione

۳۳. گلدوست جویباری، رجب، کلیات آیین دادرسی کیفری، ص ۲۵.

رای صادره قطعی است. ۳۴

در این سیستم، پژوهش خواهی محدود است. رسیدگی پژوهشی به معنای تجدید محاکمه نیست. دادگاه پژوهشی از قضات مجرب، بدون هیئت منصفه، تشکیل شده است. معمولاً قضات پژوهش، در خصوص مسائل حکمی رای می دهند؛ برای مثال، رهنمودهای غلط قاضی بدوی به هیئت منصفه نسبت به موضوعات را نمی توان دوباره رسیدگی کرد، مگر اینکه پژوهش خواه ادعا کند که موضوعات در رهنمودهای قاضی به هیئت منصفه، به نحو فاحشی اشتباه ارائه، و به اجرا نشدن عدالت منجر گردیده است. ۳۵

ب) سیستم دادرسی تفتیشی ۳۶

از دیدگاه تاریخی، سیستم تفتیشی پس از سیستم اتهامی پدید آمده است. ۳۷ اگرچه در بسیاری از کشورهای اروپایی، به ویژه از قرن چهاردهم، دادگاه ها به این سیستم متوسل شده اند و سابقه پیدایش آن به عملکرد دادگاه های کلیسایی باز می گردد. در سال ۳۱۱ میلادی و در دوران سلطنت کنستانتین اول که روم به مسیحیت گرایید، قضات رومی برای صیانت از اصول مورد تأیید کلیسا و جلوگیری از انحطاط اخلاقی و انحراف برخی از روحانیان دین مسیح و نیز پرهیز از رسیدگی علنی به جرایم آنان که سبب بی اعتمادی عمومی کلیسا شدند، رسیدگی به اتهامات روحانیان را به شیوه ای هدایت کردند که با روش تحقیقات عادی

۳۴. آخوندی، آیین دادرسی کیفری، ج ۱، ص ۵۱.

۳۵. آنتونیو کاسسه، حقوق بین المللی کیفری، ص ۴۶۳.

36. Syste'me Inquisitoiren

۳۷. در روم قدیم و نیز در کشورهای اروپایی از قرن دوازدهم به بعد متعاقب بر دستور شورای عالی کلیسا مبنی بر تعقیب و مجازات ملحدان و جادوگران، دادرسی بر مبنای قواعد نظام تفتیشی صورت پذیرفته است.

متفاوت بود و از این رو آن را غیرمتداول نامیدند^{۳۸}.

این روش که در آن، عقاید متهم^{۳۹} به صورت غیر علنی تفتیش می شد، مورد تأیید پاپ انیوسان سوم^{۴۰} قرار گرفت و در اواخر قرون وسطی نه فقط در رسیدگی به اتهامات روحانیان و ملحدان، بلکه در مورد محققان و دانشمندان نیز به کار گرفته شد. دادگاه‌های انکیزیسیون، یادگار این دوره تاریک از تاریخ اروپاست که به نام مذهب، خاطرات تلخی در اذهان جهانیان به جای گذاشته است. البته در سیستم اتهامی مرحله تحقیقات مقدماتی یا بازپرسی وجود نداشت و هرگونه تحقیق و تفحص در جلسه دادگاه انجام می شد. برعکس در نظام تفتیشی قرون وسطی، تحقیقات مقدماتی گسترش یافت، تا آنجا که قسمت اعظم وقت مقامات، صرف تهیه دلیل و مقدمات رسیدگی می شد؛ جلسه رسیدگی تا حدودی جنبه تشریفاتی داشت و در بسیاری از موارد، برای اعلام نتایج به دست آمده قبلی، تشکیل می گردید. ایجاد و تحکیم دولت های محلی و نیاز آنها به اعمال قدرت، سبب شد که پس از انتقال یافتن امر قضا از دادگاه های مذهبی به قضات عرفی، آیین دادرسی تفتیشی در رسیدگی های کیفری دادگاه های عرفی استفاده شود.

در تاریخ حقوق کشورهای اسلامی نیز با سر کار آمدن امویان و عباسیان، در موارد عدیده شاهد توسل دستگاه قضایی به شیوه رسیدگی تفتیشی هستیم.^{۴۱} ریشه های سیستم تفتیشی به امپراطوری روم قدیم می رسد. در آغاز پیدایش، این روش، مختص محاکمه بردگان و افراد طبقه پست بود که مرتکب جرم می شدند. در حقیقت، این روش، یک نوع دادرسی فوق العاده و استثنایی و مختص طبقات

38. Extra Ordinem

39. Per Inquisitioneme

40. Pap Innosantm

۴۱. آشوری، آیین دادرسی کیفری، ج ۱، ص ۳۶-۳۷.

معینی از افراد جامعه بوده است؛ در حالی که دادرسی اتهامی، روش معمول و عمومی محاکمات کیفری به شمار می آمده است. در اوایل قرن سیزدهم، پاپ انیوسان سوم تصمیم گرفت روش دادرسی تفتیشی را در دادگاه های مذهبی و کلیساها اجرا کند. هدف از این امر، گسترش اختیار کلیساها بود. از این تاریخ، مقامات کلیسا به محض اطلاع از وقوع جرم های مذهبی مانند کفر، لعان و زنا، محصنه و غیره، که در صلاحیت دادگاه های مذهبی بود، خودشان دست به کار می شدند و به تعقیب و محاکمه متهم مبادرت می ورزیدند.

روش دادگاه های مذهبی کم کم حقوق عرفی را تحت تأثیر قرار داد و طرفداران بسیاری یافت و بعد به طور رسمی برای محاکمه جرایم مهم اجرا شد؛ همچنان که در کشور فرانسه، در مراحل نخستین پذیرش این سیستم، قضات از همان آغاز، اقدام به محاکمه می کردند و اختیار ترك پیگیری آن را هم داشتند. لیکن بعد از مدتی، حق پیگیری جرایم به قضات مخصوص محول شد که ابتدا به اسم نماینده شاه، و بعد با عنوان وکلای عمومی، و بالاخره با نام دادستان، جرایم را پیگیری می کردند. در حال حاضر، این نمایندگان، وظایف دادسرا را انجام می دهند و تعقیب جرایم به نام جامعه به عهده آنان است.

روش تفتیشی با تغییراتی به نفع متهم، در کشور اسپانیا حکم فرماست. همچنین قواعد آیین دادرسی کیفری کشور پرتغال و بعضی از ممالک آمریکای جنوبی مانند بولیوی، آرژانتین، مکزیک و ونزوئلا، به شدت تحت تأثیر برخی از اصول دادرسی تفتیشی قرار گرفته است.^{۴۲} البته با پیدایش رژیم های استبدادی مثل حکومت موسیلمانی در ایتالیا و حکومت هیتلر در آلمان و حکومت استالین در اتحاد جماهیر شوروی شیوه رسیدگی به طریق این سیستم در این کشورها مشاهده می شود.^{۴۳}

۴۲. آخوندی، آیین دادرسی کیفری، ج ۱، ص ۵۵۵-۵۴.

۴۳. رجب گلدوست جویباری، کلیات آیین دادرسی کیفری، ص ۲۷.

از نظر سیاسی، دادرسی تفتیشی خواسته و مطلوب دولت متمرکز بوده است؛ به ویژه اگر رژیم میل به استبداد داشت و منافع جامعه و نیز منافع دولتی و حتی اختصاصی خود را به منافع افراد ترجیح می داد. توضیح اینکه این دادرسی می کوشد از رعایت اغراق آمیز حقوق فردی جلوگیری کند؛ در نتیجه تبهکاران که شایستگی همه تضمین های شهروندی را ندارند، مجازات نمی شوند. این دادرسی پیش از هر چیز، در پی مؤثر بودن است و برای تحقق آن، همیشه تا اندازه ای وسایل را توجیه می کند.^{۴۴}

در واقع به دلیل احساس نیاز به یک سیستم سرکوب گرانه، سیستم دادرسی تفتیشی پذیرفته شد^{۴۵}. در این سیستم، قاضی یک مأمور عمومی و دائمی است که اصحاب دعوی نقشی در انتخاب وی ندارند. او می تواند مستقیماً دعوای کیفری را به تعویق بیندازد و دادسرا^{۴۶} نیز در اینجا شاکی خصوصی به شمار می رود. دستگاه کیفری در این سیستم بسیار قدرتمند است؛ زیرا دفاع از منافع جامعه امری مغتنم محسوب می شود. در این نوع دادرسی، اشتباه قاضی ممکن است خسارت زیادی به همراه داشته باشد. در اینجا است که گفته می شود ابتکار اقامه دعوا را نباید به بزه دیده^{۴۷} سپرد؛ زیرا تقریباً صالح ترین شخص برای این امر، منحصرأ خود قاضی است.^{۴۸}

ویژگی های سیستم دادرسی تفتیشی:

۴۴. استفانی، گاستون و ...، آیین دادرسی کیفری، ج ۱، ص ۶۱.

۴۵. این دادرسی را ابتدا کلیسا در مورد تفتیش عقاید اعمال کرد و سپس حکمرانان نیز آن را به کار بردند.

46. Leminstere Public

47. La Avictimei

۴۸. لارگیه، ژان، آیین دادرسی کیفری فرانسه، ص ۲۳-۲۴.

۱. ضرورت نداشتن طرح شکایت از سوی شاکی

در این سیستم، اقامه شکایت برعهده شاکی نیست به ویژه در جرایمی که جنبه عمومی ندارد، پیگیری موضوع کیفری و تحقیق و جمع آوری دلایل به عهده قاضی تحقیق است.^{۴۹} در واقع مقام و مرجع خاصی وجود دارد که عهده دار تعقیب جرایم است. در نتیجه، اختیار تعقیب بزه ها، در بعضی موارد از اراده شاکی خصوصی خارج می شود و بدون شکایت او نیز تحت پیگرد قرار می گیرد. از نتایج بسیار مهم این روش، پیدایش نظریه معروف تقسیم بزه ها به جرایم ارتكابی علیه منافع حکومت و جامعه، و جرایم ارتكابی علیه منافع خصوصی افراد است. این تقسیم بندی، در قوانین امروزی آیین دادرسی کیفری اهمیت ویژه ای دارد. جرایم نوع اول، نا بخشودنی، و جرایم نوع دوم اصولاً بخشودنی است. در حقیقت، تقسیم بزه ها به جرایم بخشودنی و نا بخشودنی، اندیشه تکامل یافته این دوران است.^{۵۰}

در سیستم های تفتیشی، یا پلیس تحقیقات را انجام دهد یا مجنی علیه که موضوع را به پلیس گزارش می دهد؛ و یا دادستان به محض اطلاع یافتن از ارتكاب جرم کیفری، به طور مستقل عمل می کند. در کشورهایی مثل آلمان و ایتالیا (در گذشته) دادستان، مکلف بود به محض دریافت خبر جرم، یعنی پس از اطلاع از احتمال ارتكاب جرم کیفری، تحقیقات خود را آغاز کند. در صورتی که تحقیقات برای انجام رسیدگی کافی بود، وی به طور قانونی مکلف می شد محاکمه را آغاز کند. به عبارت دیگر، او صاحب اختیار نبود. در بعضی کشورها همانند فرانسه، مجنی علیه یا حتی یک سازمان خصوصی مثل اتحادیه های کارگری، مؤسسات و غیره، اگر مدعی شوند که بر اثر جرم کیفری مورد ادعا، لطمه خورده اند و به

۴۹. رجب گلدوست جویباری، کلیات آیین دادرسی کیفری، ص ۲۷.

۵۰. آخوندی، آیین دادرسی کیفری، ج ۱، ص ۵۳.

صورت مدعی خصوصی وارد دعوا شوند، می توانند قضیه را پیگیری، و بدین وسیله ادعای خسارت خود را نزد دادگاه کیفری طرح کنند.^{۵۱}

۲. کتبی بودن^{۵۲} رسیدگی

رسیدگی در این سیستم، کتبی است. پیشرفت زمان و آشنایی قضات مذهبی با کتابت، در موفقیت این سیستم، نقش اساسی ایفا کرده است.^{۵۳} در این سیستم همه گفته ها و مباحث نوشته می شود.^{۵۴} منظور از کتبی بودن رسیدگی، این است که از همان مراحل آغاز تحقیق و تعقیب، هر اقدام قضایی که در پرونده صورت می گیرد، باید به صورت مکتوب و مندرج در پرونده باشد؛ از جلب متهم گرفته تا صدور کیفرخواست و نیز صدور رأی. در هر مرحله از تحقیق، هر اقدام قضایی از قبیل بازجویی، تحقیق محلی، ارجاع به کارشناسی، و گزارش های ضابطین دادگستری، باید در پرونده باشد. ادعای شاکی و دفاع متهم نیز باید کتبی باشد.

۳. علنی نبودن محاکمات^{۵۵}

نحوه داوری در این سیستم اصولاً سرّی است. بنابراین، اصل بر محرمانه بودن دادرسی است مگر در جایی که خود قاضی تشخیص دهد که دادرسی باید به صورت علنی برگزار شود.^{۵۶} افراد جامعه حق ورود به جلسه دادرسی را ندارند از این رو نمی توانند از جزئیات آنچه در دادرسی ها می گذرد مطلع شوند و احکام

۵۱. آنتونیو کاسسه، حقوق بین المللی کیفری، ص ۴۵۴.

52. E'critee

۵۳. آشوری، آیین دادرسی کیفری، ج ۱، ص ۳۷.

۵۴. آخوندی، آیین دادرسی کیفری، ج ۱، ص ۵۴.

55. Secre'tee

۵۶. رجب گلدوست جویباری، کلیات آیین دادرسی کیفری، ص ۲۸.

صادر شده را به درستی تجزیه و تحلیل کنند و از به بی طرفی و عدالت قاضی اطمینان خاطر یابند.^{۵۷} حضور نیافتن مردم در رسیدگی های کیفری و برگزاری دادگاه با حضور قاضی و متهم، دست قضات رسیدگی کننده را در تصمیم گیری به میل خود باز می گذارد.^{۵۸}

۴. غیرتدافعی^{۵۹} بودن رسیدگی

در سیستم دادرسی تفتیشی، دادرسی به صورت غیرتدافعی است؛ بدین معنا که اختیارات شاکی و متهم محدود به موارد قانونی است و اختیار و آزادی تام ندارند؛ زیرا قضات تحقیق وجود دارند که وظیفه جمع آوری دلائل و عرضه آنها به دادگاه را برعهده دارند. آنها همانند دادیار و بازپرس در نظام دادرسی مختلط هستند.

بر خلاف سیستم اتهامی که شاکی و متشاکی در مقابل هم قرار می گرفتند، در سیستم دادرسی تفتیشی چنین نیست؛ زیرا نقش اساسی بر عهده مقامات قضایی است که در روز دادگاه حاضر می شوند و دلائل ارتکاب جرم را به محضر دادگاه ارائه می کنند. در این سیستم طرفین حق معرفی وکیل را ندارند به ویژه متهم؛ زیرا سیستم مزبور مبتنی بر نظام استبدادی است و در جهت رعایت حقوق و آزادی های فردی نیست؛ چرا که هدف از دادرسی در این سیستم، حفظ منافع حاکمیت و نظام سیاسی حاکم است.^{۶۰}

در این سیستم، برخلاف دادرسی اتهامی، مباحثه و مجادله بین شاکی

۵۷. آخوندی، آیین دادرسی کیفری، ج ۱، ص ۵۴.

۵۸. همان، ص ۳۷-۳۸.

59. Non Contradictioree

۶۰. رجب گلدوست جویباری، کلیات آیین دادرسی کیفری، ص ۲۸.

خصوصی و متهم جریان نمی‌یابد. به جای مدّعی خصوصی، افرادی که نمایندگان جامعه هستند و شغلشان تعقیب جرایم است (مدعی العموم) در محاکمه شرکت می‌کنند و در برابر متهم قرار می‌گیرند. بدیهی است موقعیت طرفین دعوی نیز یکسان نیست و نمایندگان حکومت از موقعیت بهتری برخوردارند.^{۶۱}

تدافعی نبودن رسیدگی، مهم‌ترین ویژگی سیستم تفتیشی است. بی‌اطلاعی متهم از اتهامات و دلائلی که در غیاب او جمع‌آوری شده و عدم حضور و دخالت وکیل مدافع، حق دفاع متهم را به حداقل می‌رساند و امکان برگزاری یک دادرسی عادلانه را از بین می‌برد. در مجموع در این سیستم، اصل بر گناهکاری متهم است مگر اینکه او قادر باشد خلاف آن را اثبات کند.^{۶۲}

۵. خصوصیات قاضی

در این سیستم، خلاف سیستم اتهامی، قاضی کیفری فردی حرفه‌ای است که در رسیدگی‌ها نقش فعالی دارد. همین نقش فعال و مهم قاضی است که به مرحله تحقیقات مقدماتی یا بازپرسی، - که مشابه آن در سیستم اتهامی مشهود نیست -، اهمیت بسزایی می‌دهد.^{۶۳} قضات از بین افراد معمولی برگزیده نمی‌شوند بلکه از میان اشخاصی انتخاب می‌شوند که اطلاعاتی در امر قضا و دادرسی دارند. منصب قضاء شغل مقدّس و وظیفه ملّی و عمومی به شمار می‌آید. کسی که به این سمت برگزیده می‌شود سزاوار احترام است. در این سیستم دادرس فقط به امر قضاء اشتغال دارد. به عبارت دیگر، قاضی مجاز نیست با داشتن مسند قضا حرفه دیگری داشته باشد.^{۶۴}

۶۱. آخوندی، آیین دادرسی کیفری، ج ۱، ص ۵۳-۵۴.

۶۲. همان، ص ۳۸.

۶۳. همان، ص ۳۷.

۶۴. همان، ص ۵۳.

قاضی الزاماً باید از میان افراد تحصیل کرده و صاحب تجربه در علم حقوق انتخاب شود؛ چرا که قضاوت از دیدگاه این نظام امری تخصصی و فنی است که فقط از عهده تحصیل کردگان حقوق بر می آید نه از افراد عادی یا دیگر متخصصان در رشته های دیگر.^{۶۵}

۶. سیستم دلایل قانونی^{۶۶}

در این سیستم قاضی که نقش مؤثری در بررسی دلایل ایفا می کند، تنها مسئول ارزشیابی دلایل از پیش تعیین شده است.^{۶۷} روش ارزیابی ادله قانونی توسط قاضی وجود ندارد. قاضی باید بر مبنای ادله قانونی قضاوت کند و به عبارت دیگر، حق استناد به دلایلی که قانونگذار آنها را در شمار ادله احصا نکرده، ندارد. لذا قاضی حق ندارد خلاف ادله قانونی قضاوت کند. در جایی که شهادت به عنوان ادله پذیرفته شده است، حتی اگر کاذب باشد، قاضی باید به استناد آن رأی صادر نماید و مسئولیتی از این نظر بر عهده وی نیست.^{۶۸} قضات نمی توانند متهم را محکوم کنند مگر در صورت احراز دلایلی که قانون معین کرده است. به عبارت دیگر، در این روش سیستم دادرسی دلایل قانونی وجود دارد. اقرار، شاه دلیل محسوب می شود، برای اخذ اقرار دادرسان از اختیارات خاصی بهره مندند و حتی می توانند با توسل به شکنجه متهم را به اقرار وادارند.^{۶۹}

۶۵. رجب گلدوست جویباری، کلیات آیین دادرسی کیفری، ص ۲۸.

66. Les Preuves Le'galese

۶۷. ژان لارگیه، آیین دادرسی کیفری فرانسه، ص ۲۴.

۶۸. رجب گلدوست جویباری، کلیات آیین دادرسی کیفری، ص ۲۹.

۶۹. آخوندی، آیین دادرسی کیفری، ج ۱، ص ۵۴.

۷. رسیدگی پژوهشی

در سیستم تفتیشی، رسیدگی پژوهشی ممکن است متضمن نوعی محاکمه مجدد باشد، چنانکه همان ادله مجدداً بررسی و به استدلال های حقوقی رسیدگی می شود. خلاصه اینکه، رسیدگی پژوهشی به معنای استماع مجدد پرونده به صورت کامل است. به علاوه دادرسان و متهم به سادگی می توانند درخواست تجدیدنظر در حکم محکومیت یا مجازات را کنند، و دادستان می تواند همچنین درخواست پژوهش در قبال حکم تبرئه را بنماید.^{۷۰}

بر اساس نظر یکی از مراجع برجسته علم حقوق دو دلیل برای اتخاذ این شیوه در نظام حقوق نوشته وجود دارد: اول، تعقیب جرائم در این نظام یک روند مداوم است، در حالیکه در کشورهای «کامن لا» گرایش به این است که با آن به عنوان یک واقعه منفرد برخورد شود؛ دوم، اعضای دستگاه قضایی (غالباً دادستان ها و قضات) متخصصانی هستند که در یک نظام سلسله مراتب کار می کنند. بنابراین، بدیهی است که دادگاه های بالاتر باید معمولاً آنچه را که ادعا می شود دادگاه های پایین تر انجام داده اند مجدداً بررسی کنند.^{۷۱}

گفتار دوم- دیدگاه حقوقی اسلامی

مکتب حقوقی اسلامی (مکتب الهی- فطری)

به نظر طرفداران این مکتب، خاستگاه قوانین الهی اراده پروردگار و حاکم بر جهان هستی است که عقل ناقص بشری به آن دسترسی ندارد؛ بلکه تنها آفریدگار و فرستادگانش از دریچه وحی به آن آگاهند. در این مکتب، منبع حقوق فطری اراده

۷۰. آنتونیو، کاسسه، حقوق بین المللی کیفری، ص ۴۵۴.

71. The Faces Of Justice and State Authority-Acomporative Approach to the Legal Process .

خداوند است و هدف از اجرای این حقوق اقامه عدل و مهربانی است. این قوانین چنان با طبیعت امور و فطرت بشر سازگار است که عقل هر کس بی هیچ واسطه بر آن حکم می کند و به اندازه ای طبیعی و عادلانه است که هیچ مقامی نمی تواند منکر آن گردد. بنابراین، حقوق فطری، تغییر ناپذیر و عام است و تغییر مکان و زمان به اعتبار آن خلل نمی رساند.^{۷۲} هدف اساسی این مکتب، اجرای دستور و اوامر الهی و کسب رضایت اوست.

بند دوم - سیستم دادرسی اسلامی^{۷۳}

شریعت مقدس اسلام برای نخستین بار در تاریخ جهان بشریت، مسئولیت کیفری متهمان را مورد توجه خاص قرار می دهد. چنان که صغار و مجانین را از کیفر معاف می کند. مفاهیم قصد و اراده را وارد قلمرو مسئولیت کیفری می نماید و آن را مبنای سنجش اعمال مجرمانه می شناسد و پایه و اساس مسئولیت کیفری را بر آن می نهد. همچنین با قبول اصل قانونی بودن جرم و مجازات و تشریع و تبیین اصول دادرسی های کیفری به روش های خود کامه استبدادی موجود پایان می بخشد و تحمّل مجازات به خاطر اعمال دیگران را رد می کند. قضا و دادرسی را به عنوان منصبی والا می نگرد که مخصوص انبیاء و اولیاست و اجازه نمی دهد افراد ناشایست و غیر صالح به این مهم اشتغال ورزند و آن را از مسیر حق و قانون و عدالت منحرف سازند. همچنین شرایط اشتغال به امر دادرسی را به طور دقیق تعیین می نماید، حتی شیوه جریان دادرسی و آداب آنرا مشخص می کند تا تکلیف قاضی، شاکی و متهم کاملاً روشن باشد. در باب رسیدگی های کیفری روشی بسیار ساده و آسان و در عین حال معقول و اصولی بر می گزیند؛ چنان روشی که

۷۲. کاتوزیان، ناصر، مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، ص ۲۱.

73. L.a Prode'dure Islamiquee

داد مظلوم را بستاند و از اجحاف به وی جلوگیری کند.

قواعد دادرسی کیفری در نظام حقوق اسلامی، با آنچه در دنیای خارج از اسلام می‌گذرد، متفاوت است. این قواعد در عین ساده و کامل بودن با روش‌های دادرسی اتهامی و تفتیشی سنخیت ندارد. در واقع اصول دادرسی کیفری اسلامی نه از قواعد حقوق روم تبعیت کرده و نه برگرفته از قواعد حقوقی دیگر سیستم‌های قدیمی است، بلکه حقوقی مستقل و بالذات است. فقهای اسلامی با ایمان راسخ به خدای یکتا، اعتقاد به اختصاص داشتن حاکمیت و تشریع به پروردگار، قبول منبع وحی برای قواعد حقوقی و کامل دانستن شریعت نه فقط نیازی نداشتند که قوانین ملل و اقوام دیگر را سرمشق خود قرار دهند بلکه اغلب قوانین خارج از دنیای اسلامی را به ویژه اگر با شرع مغایرتی داشت، باطل دانسته و رد می‌کردند.^{۷۴}

در تمام ادوار، برخورد فقهای اسلام با دیگر سیستم‌های حقوقی یک برخورد منفی بوده است. صبحی محمصانی از حقوقدانان برجسته لبنانی در این باره می‌نویسد: علت عدم توجه فقهای اسلامی از مطالعه حقوق روم همانا اعتقاد استوار آنان به الهی و کامل بودن شریعت اسلام و مبتنی بودن آن بر قرآن کریم بود، از این رو هر قانونی که از منبعی جز قرآن الهام گرفته باشد در نظر فقهای اسلام مطرود و عمل به آن حرام است.^{۷۵}

اگر ادعا شود علمای حقوق جزای دنیا بعد از قرن‌ها به عظمت و اهمیت قواعد کیفری اسلامی پی برده و حتی از آن الهام نیز گرفته‌اند سخنی گزاف و مبالغه نیست. به عنوان شاهد ادعا محاکمه اجساد و حیوانات و مجازات صغار و مجانین و اخذ اقرار با شکنجه تا این اواخر در اروپا و آمریکا و بین دیگر ملل جهان مرسوم بود، ولی در حقوق اسلامی از چهارده قرن پیش ممنوع و تحریم شده بود.

۷۴. آخوندی، آیین دادرسی کیفری، ج ۱، ص ۶۰-۶۲.

۷۵. صبحی محمصانی، فلسفه قانونگذاری در اسلام، ص ۲۴۴.

البته در مکتب فقهی و نوشته های فقهای عظام، اصول دادرسی کیفری اسلام تحت عنوان خاص نیامده است، بلکه در خلال مقررات باب قضا، حدود، دیات، قصاص و تعزیرات می توان برخی قواعد آن را دریافت. ۷۶

ویژگی های سیستم دادرسی اسلامی

۱. نسی بودن طرح شکایت از سوی شاکی

در سیستم حقوق اسلامی جرایم یا جنبه حق الهی دارند و یا جنبه حق الناسی. برای تعقیب جرایم نوع اول که جنبه عمومی دارند به اعلام شاکی خصوصی نیاز نیست و قاضی شرع به هر نحوی که از وقوع این جرم ها با خبر شود مکلف است مرتکب را تعقیب و محاکمه و در صورت اثبات جرم با دلایل مقرر، مجازات شرعی را در باره وی اعمال کند. از این قبیل است جرم زنا، لواط و شرب خمر.

اختیار قاضی در تعقیب این جرایم محدود و منصوص است. وی حق ندارد با متهم مصالحه کند یا او را ببخشد و یا نوع و میزان مجازات را تغییر دهد. به عکس، در جرایم نوع دوم که جنبه خصوصی یا حق الناسی دارند قاضی وقتی شروع به رسیدگی می کند که مدعی خصوصی آن را بخواهد. مجنی علیه و قائم مقام قانونی او تنها افراد ذی حقی هستند که می توانند تعقیب متهم را درخواست کنند یا از آن صرف نظر کنند. حتی بعد از اعلام شکایت می توانند گذشت کنند و متهم را از تحمل مجازات برهانند.

جرایم مشمول احکام قصاص و دیات و بسیاری از جرایم باب تعزیرات جنبه خصوصی دارند و بدون درخواست مجنی علیه قابل تعقیب نیستند و با گذشت مدعی خصوصی نیز تعقیب قطع می شود و کیفر ساقط می گردد. تذکر این نکته لازم است که اگر اختیار قاضی شرع در اعمال مجازات حد، محدود و منصوص

۷۶. آخوندی، آیین دادرسی کیفری، ج ۱، ص ۶۲-۶۳.

است و حق تجاوز در آن را ندارد، در مقابل در اعمال مجازات تعزیر از آزادی عمل نسبی برخوردار است. البته میزان تعزیر نباید از حد تجاوز کند. قاضی شرع با اختیاراتی که در زمینه اجرای تعزیر دارد می تواند در صورت گذشت کردن مدعی خصوصی، مرتکب بعضی از جرایم تعزیری را در حدود تأدیب مجازات کند.^{۷۷}

۲. علنی بودن محاکمات

در نظام حقوقی اسلامی جلسه دادرسی علنی است و افراد می توانند آزادانه در آن شرکت کنند.^{۷۸} یکی از اصول قضاوت نزد امام علی (ع) نیز علنی بودن محاکمات بود؛ چنان که در سیره آن حضرت می بینیم که او در مسجد قضاوت می کرد و در مسجد کوفه جایگاهی به نام دکه القضاء داشت. وی به شریح قاضی نیز دستور داد چنین کند؛ چون شنیده بود که شریح در خانه خود قضاوت می کند.^{۷۹} علی (ع) فرمود: ای شریح برای قضاوت در مسجد بنشین. این میان مردم عادلانه تر است. برای قاضی سبک است که در خانه اش قضاوت کند.

۳. تدافعی بودن رسیدگی

در این سیستم متهم حق دارد که در کمال آزادی از خود دفاع کند و به هر دلیلی استناد کند تا اتهامات را رد کند. بنابراین در سیستم حقوقی اسلامی، دادرسی از خیلی جهات به صورت تدافعی انجام می گیرد.^{۸۰} امام علی (ع) در تمامی قضاوت های خود دفاع متهمان را می شنید و به آنان حق دفاع می داد. حتی به

۷۷. همان، ص ۶۶.

۷۸. همان، ص ۶۸.

۷۹. هاشمی شاهرودی، سید محمود، پژوهش های نو در فقه معاصر، ص ۱۱-۱۱۲.

۸۰. آخوندی، آیین دادرسی کیفری، ج ۱، ص ۶۸.

شریح قاضی فرمان داد که برای حفظ حق مدعی علیه حتی با وجود بینۀ با برگرداندن قسم به مدعی، قضاوت را مؤکد کند. همچنین به کسی که مدعی است شهودی دارد که غایب هستند یا دلیلی دارد که در آینده می تواند ارائه کند مهلت دهد.^{۸۱} حضرت به شرح فرمود: برای کسی که مدعی است شهود غایبی دارد، مهلتی تعیین کن، اگر آنان را حاضر کرد، حق او را بگیر و اگر آنان را حاضر نکرد، علیه او حکم خواهد شد. در روایت دیگری فرمود: هرکس وکیلی را تعیین کرد، حکم به وکیل او تعلق می گیرد و وکالت بدون حضور خصم، جایز است.

۴. خصوصیات قاضی

قضا به معنای حکم دادن و واری کردن میان مردم است. قضا وظیفه امام یا نائب اوست. بر او واجب است که برای رسیدگی به امور مردم، قاضی نصب کند. در صورت غیبت امام، فقیه جامع الشرایط باید این مهم را انجام دهد و در غیبت امام و فقیه جامع الشرائط فقیه عادل می تواند قضاوت کند. اگر فقیه عادل نیز وجود نداشته باشد هر کس که بر خود اعتماد داشته و شرایط لازم برای تصدی امر قضا را دارا باشد می تواند بین مردم قضاوت کند. قبول تصدی مقام قضا در صورت داشتن اهمیت و شرایط لازم حسب مورد واجب کفایی یا واجب عینی و گاه مستحب است. لیکن تصدی این مقام در صورت نداشتن اهلیت شرعی مطلقاً حرام است.^{۸۲} در شرع اسلام بنا به قول مشهور قاضی باید دارای بیست و هفت صفت باشد که دوازده صفت آن واجب و بقیه مستحب است. صفات واجب عبارت اند از: بلوغ، عقل، مرد بودن، ایمان، عدالت، طهارت مولد، توانایی بر نوشتن، آزاد بودن، بی‌نا بودن، لال نبودن، داشتن حافظه و اجتهاد؛ و صفات مستحب

۸۱. هاشمی شاهرودی، سید محمود، پژوهش های نو در فقه معاصر، ص ۱۰۷-۱۰۸.

۸۲. آخوندی، آیین دادرسی کیفری، ج ۱، ص ۶۳.

عبارت اند از: اوّل آن که قاضی زاهد و متورّع و امین باشد؛ دوم اینکه اعمال صالحه بسیار انجام دهد؛ سوم آن که از هوای نفس به شدت دوری کند؛ چهارم آن که به تقوی حریص باشد؛ پنجم آن که بی عفت و تندی صاحب قوّت باشد و بی ضعف و سستی ملایم تا قوی در باطن او طمع نکند و ضعیف از عدل او مأیوس نشود. ششم آنکه حلیم باشد؛ هفتم آنکه فهیم باشد برای امور؛ هشتم آنکه ضابط باشد؛ نهم آنکه مطالب را زود بشنود. دهم آنکه قوّت در بصر و بصیرت او باشد؛ یازدهم آنکه دانا باشد؛ دوازدهم آنکه از طمع منزّه باشد؛ سیزدهم آنکه صادق القول باشد؛ چهاردهم آنکه صاحب رأی باشد؛ پانزدهم آنکه جبار نباشد.^{۸۳}

در صورت ظهور جنون، کفر، فسق، غلبه نسیان، کوری، کری و یا زوال ملکه اجتهاد، قاضی از شغل خود عزل می شود. در خارج از این موارد، بنا به قول مشهور، عزل قاضی جایز نیست؛ مگر آنکه به مصلحت جامعه مسلمین باشد؛ زیرا عزل بی دلیل قاضی یا تغییر دادن محل خدمت او بدون سبب موجب زیان او و قراردادنش در معرض اتهام و بدنامی است.^{۸۴}

در فرمان نامه امام به مالک اشتر، شرایط و صفاتی را که باید در قاضی جمع باشد تا ولی امر بتواند او را به قضاوت بگمارد، آمده است:

ثُمَّ اخْتَرِ لِلْحَكَمِ بَيْنَ النَّاسِ أَفْضَلَ رَعِيَّتِكَ فِي نَفْسِكَ مِمَّنْ لَا تَضِيقُ بِهِ الْأُمُورُ، وَلَا تَمُحِكُهُ الْخُصُومُ وَلَا يَتِمَادِي فِي الزَّلَّةِ وَلَا يَحْصِرُ فِي الْفَيْءِ إِلَى الْحَقِّ إِذَا عَرَفَهُ، وَلَا تَشْرَفَ نَفْسُهُ عَلَى طَمَعٍ وَلَا يَكْتَفِي بِأَدْنَى فُهُمٍ دُونَ أَقْصَاءُ وَ أَوْقَفُهُمْ فِي الشَّبَهَاتِ وَ أَخْذُهُمْ بِالْحَجَجِ وَ أَقْلَهُمْ تَبَرُّماً بِمِرَاجِعَةِ الْخَصْمِ وَ أَصْبِرْهُمْ عَلَى تَكْشُفِ الْأُمُورِ وَ أَصْرْمَهُمْ عِنْدَ اتِّضَاحِ الْحَكَمِ مِمَّنْ لَا يَزِدُّهُ إِطْرَاءُ وَ لَا يَسْتَمِيلُهُ إِغْرَاءُ.

۸۳. سنگلجی، قضا در اسلام، ص ۴۷.

۸۴. آخوندی، آیین دادرسی کیفری، ج ۱، ص ۶۳-۶۴.

برای قضاوت میان مردم کسی را انتخاب کن که او را از همه برتر می دانی، کسی که موجب دشواری کارها نشود و رفتار خصمان او را به لجاجت نکشاند و بر اشتباه خود پای نفشارد و آن گاه که حق را شناخت در بازگشت به آن بخل نورزد و نفس او به هیچ طمعی نگاه نکند و تا همه حقیقت کشف نشود به اندک فهمی اکتفاء نکند. کسی که درنگش در شبهات از همه بیشتر و بیش از همه اهل حجت و دلیل باشد و از مراجعه طرفین دعوا کمتر به ستوه آید و در کشف حقیقت امور از همه بردبارتر و بر روشن شدن حکم از همه قاطع تر باشد. کسی که ستایش او را سست نکند و ترغیب و تشویق او را به جانبی گرایش ندهد.

در این سخن امام شریطی که قاضی باید داشته باشد بیان شده است: عدالت و تقوا، دانش و آگاهی او به احکام و علوم مرتبط با قضاوت، نیرومندی و استواری شخصیت، حق جویی و واقع نگری به گونه ای که پس از کشف خطای خود بر آن اصرار نورزد، بی نیازی و پایداری در برابر فریب مال و جاه و شهرت. دقت و تأنی و توقف در شبهات، سعه صدر در برابر مردم و مراجعه کنندگان، خوشنامی و اصالت در میان مردم.^{۸۵}

۵. سیستم دلایل معنوی

در سیستم های اتهامی، قاضی باید فقط حکم باشد و برعهده اصحاب دعوی است که دلائل خود را ارائه داده و به اثبات برسانند، ولی در حقوق اسلامی قاضی در عین بی طرفی مجاز به انجام دادن تحقیقات لازم برای دستیابی به حقیقت است.^{۸۶} در سیستم دادرسی جزائی اسلامی متهم از اصل برائت بهره مند است. برای اثبات وقوع هر یک از جرائم منصوص وجود دلایل معین و مشخص ضروری

۸۵. هاشمی شاهرودی، پژوهش های نو در فقه معاصر، ص ۱۰۳-۱۰۴.

۸۶. آخوندی، آیین دادرسی کیفری، ج ۱، ص ۶۶-۶۷.

است؛ چنان که سرقت موجب حد به سه دلیل ثابت می شود: ۱. شهادت دو مرد عادل؛ ۲. دو مرتبه اقرار سارق نزد قاضی؛ ۳. علم قاضی. شرب خمر و قذف نیز به دو دلیل ثابت می شود: ۱. به شهادت دو مرد عادل ۲. به دو بار اقرار مرتکب. ادله اصلی برای اثبات جرم عبارتند از: شهادت، اقرار و علم قاضی. اقامه شهود تابع شرایط خاصی است. اقرار باید در کمال آزادی مقرر از طرف مقرر صورت بگیرد و به دفعات تکرار شود تا بیم اشتباه و نسیان در آن نباشد؛ در این صورت است که قاضی می تواند نسبت به آن همت بگمارد. اقرار اگر با تهدید یا تطمیع یا شکنجه حاصل شود ارزش و اعتبار نخواهد داشت؛ زیرا چنین اقراری نمی تواند کاشف حقیقت باشد. توجه به ظاهر مقررات اسلامی مربوط به دلایل اثبات دعوای کیفری چنین می نماید که در این نظام به گونه ای روش دلایل قانونی حاکمیت دارد، روشی که بر آن ایراد و اعتراض وارد است و قرن هاست مطرود و متروک شده است. ولی اگر به دیده تحقیق بنگریم و منصفانه قضاوت کنیم ملاحظه خواهد شد که در این سیستم حقوقی دلیل باید کاشف از حقیقت باشد و به قاضی اطمینان بخشد که جرم واقع شده و متهم مرتکب آن است. به عبارت دیگر، قاضی می بایست به هدایت دلیل یقین حاصل کند که متهم گناهکار است. این روش نه فقط گونه ای از اعمال مستقیم دلایل قانونی به شمار نمی آید، بلکه درست سیستم دلایل معنوی است؛ همان کمال مطلوبی که علمای حقوق جزا تازه به اهمیت آن واقف شده و اصرار می ورزند به اینکه دلیل باید مبین حقیقت و موجد ایمان قاضی به وقوع جرم باشد. در سیستم دلایل قانونی هرگاه دلیل مورد نظر مقنن وجود داشته باشد محکومیت متهم اجباری است. دادرس حق ارزیابی دلایل و سبک و سنگین کردن آن ها را ندارد. اقرار نیرومندترین دلیل به شمار می آید و به تنهایی برای اثبات وقوع جرم کافی است.^{۸۷}

از امتیازهای قضاوت امیر المؤمنین علی(ع) این بود که او همزمان بر ادله شرعی و ادله علمی تأکید می کرد. او همچنان که براساس سوگند و یثنه که ادله شرعی هستند قضاوت می کرد، در قضایای پیچیده برای کشف حقیقت و رسیدن به واقعیت، روش های گوناگون علمی را به خدمت می گرفت. امام(ع) با این اقدام، در به کارگیری علوم و استفاده از امارات و قرائنی که موجب یقین و کشف حقیقت می شود آفاق جدیدی را به روی قضات گشود. در ماجرای دوزنی که مدعی بودند فرزند پسر از آن اوست، و هر دو از فرزند دختر بیزیاری می جستند، امام فرمود: شیر هر دو زن را وزن کنید، شیر هر کدام سنگین تر بود پسر متعلق به اوست. بدین ترتیب امام(ع) ماجرا را فیصله داد.

همچنین امام در یکی از قضاوت های معروف خود با استفاده از نکات روانشناسی به کشف جرم پرداخت. ماجرا به این شرح بود که جوانی نزد شریح قاضی طرح دعوا کرد که پدرش تاجر بوده و به همراه چهار تاجر دیگر به مسافرت رفته و در سفر درگذشته و مالی برای او به جای نگذاشته است. شریح به این مرافعه به صورت عادی رسیدگی کرد و از متهمان خواست سوگند یاد کنند، آنان نیز سوگند یاد کرده و تبرئه شدند، ولی امام(ع) دستور داد دادرسی تجدید شود و تحقیقات تازه ای صورت گیرد. ایشان چهار تاجر را جداگانه کنار ستون های مسجد نشانند و صورتشان را پوشاندند تا چیزی نبینند، سپس یکی از آنان را فرا خواند و پنهانی از او تحقیق کرد و پس از آن از مردم خواست تکبیر بگویند. این شیوه تحقیق موجب تزلزل اظهارات دروغین متهمان شد و هریک از آنان پس از شنیدن صدای تکبیر بلند مردم، تصور می کرد که دیگران اعتراف کرده و حقیقت ماجرا را گفته اند. در نتیجه همگی اقرار به قتل پدر آن جوان کردند ... همچنین در ماجرای دوزنی که هر دو ادعا می کردند مادر یک کودک هستند آن حضرت تظاهر کرد که می خواهد کودک را دو نیمه کند. ایشان با این اقدام قصد داشت انعکاس آن

را در چهره آنان ملاحظه کند. مادر حقیقی کودک برای سالم ماندن کودک خود از مطالبه دست برداشت و از این طریق معلوم شد که مادر حقیقی کودک است. ده ها نمونه از این نوع قضاوت از امام علی (ع) گزارش شده است که آن حضرت از روش های علمی و شگردهای تحقیقاتی چه در عرصه کشف حقیقت و اقرار به آن و چه در عرصه اجرای حکم و حدود الهی، استفاده می کرد.^{۸۸}

۶. اصل فقدان رسیدگی پژوهشی

به اقتضای سیستم دادرسی اسلامی به همه جرایم فقط در یک مرحله رسیدگی می شود. رأی صادره قطعی بوده و فوری اجرا می شود. بنابراین، رسیدگی دو مرحله ای و نظارت دیوان کشور وجود ندارد. شریعت مقدس اسلام حداکثر احتیاط و مراقبت را در همان مرحله اول ضمن تعیین صفات قاضی اجرا کرده است به گونه ای که دیگر محلی برای پژوهش و فرجام خواهی باقی نمی ماند. قاضی اسلامی با توجه به شرایط انتخابش کمتر دچار اشتباه می شود. در نتیجه به رسیدگی های چند مرحله ای نیازی نیست. احکام قاضی واجد شرایط اسلامی معمول به صحت و درستی است و باید طبق آن رفتار شود، ولی به هر حال چون ممکن است با وجود تمام دقت ها باز هم در صدور حکم اشتباه رخ دهد و جبران آن لازم باشد، فقهای اسلامی تجدید نظر در حکم قاضی شرع را مجاز دانسته و نقض آن را در مواردی قبول کرده اند.^{۸۹}

در آثار امام علی (ع) مشهود است که وی حق نقض حکم و استیناف محاکمه را با وجود صدور حکم قاضی، برای خود محفوظ می داشت، چنانکه به یک مورد آن اشاره کردیم. این بدان معناست که حاکم حق استیناف یا تمیز حکم را دارد.

۸۸. هاشمی شاهرودی، سید محمود، پژوهش های نو در فقه معاصر، ص ۱۰۵-۱۰۷.

۸۹. آخوندی، آیین دادرسی کیفری، ج ۱، ص ۶۴-۶۵.

همچنین در روایتی دیگر از امام علی (ع) آمده است که: «أَنْ الْقَاضِي إِذَا عَلِمَ بِخَطَاةِ رَدِّ قَضَائِهِ أَوْ رَدِّ قَضَائِهِ؛ هرگاه قاضی به خطا بودن حکم خود پی ببرد، قضاوت خود را مردود می کند یا قضاوتش مردود می شود. این روایت نیز خاستگاه دیگری در اصول قضایی برای جواز نقض و استیناف حکم است.^{۹۰}

نتیجه

در اروپا با توجه به جهان بینی مادی دو رویکرد فرد محوری و جمع محوری حاکم است که مکاتب حقوقی و سیستم های دادرسی متأثر از آن هاست و این مکاتب عبارتند از مکتب حقوقی فردی - طبیعی که اساس آن توجه به فرد و حقوق و آزادی های وی است و به عبارتی اجتماعی در خدمت فرد است. سیستم دادرسی متناسب با این مکتب سیستم اتهامی است. مکتب حقوقی دیگر مکتب تحقیقی - اجتماعی است که اساس آن توجه به نظم عمومی و منافع و مصالح اساسی جامعه است و به عبارتی، فرد در خدمت اجتماع است. سیستم دادرسی متناسب با این مکتب، سیستم آن تفتیشی است. در مقابل در اسلام با توجه به جهان بینی الهی آن، تنها یک رویکرد خدا محورانه حاکم است که مکتب حقوقی متأثر از آن، مکتب الهی - فطری است. در این مکتب، ملاک اراده پروردگار و توجه به رضایت اوست؛ انسان در خدمت خداست، حال چه به زیان فرد یا جامعه باشد و چه به نفع هریک و سیستم دادرسی متناسب با این مکتب، سیستم دادرسی اسلامی است.

همانطور که مکتب حقوقی اسلامی با مکاتب اروپایی متفاوت است، سیستم دادرسی آن نیز با سیستم های دادرسی اروپایی متفاوت است؛ برای مثال یکی از ویژگی های آن، نسبی بودن طرح شکایت از سوی شاکی است؛ بدین معنا که در جرایم حق الناسی خود زیان دیده می تواند شکایت خود را مطرح نماید و در جرایم

۹۰. هاشمی شاهرودی، پژوهش های نو در فقه معاصر، ص ۱۰۷.

حق الله خود قاضی موضوع را پیگیری می کند، لکن در سیستم اتهامی در تمامی موارد حتماً باید زیان دیده شکایت را مطرح کند و در سیستم تفتیشی اصلاً نیازی به طرح شکایت از سوی زیان دیده نیست. همچنین در سیستم دادرسی اسلامی، برای قاضی خصوصیات ویژه ای معرفی شده است که شامل ۲۷ صفت است؛ هفده مورد از آن واجب و بقیه مستحب است؛ از جمله آن داشتن اجتهاد، مذکر بودن، داشتن ایمان و عدالت و طهارت مولد. این مطلب و تأکید اسلام بر آن در دو سیستم اروپایی مشاهده نمی شود که بیانگر اهمیت امر قضا در اسلام است. از سوی دیگر، در سیستم دادرسی اسلامی اصل بر فقدان رسیدگی پژوهشی است، بدین معنا که رسیدگی پژوهشی اصولاً وجود ندارد مگر این که قاضی به اشتباه خود پی برد و دوباره خواهان رسیدگی شود؛ لکن در سیستم دادرسی اتهامی، رسیدگی پژوهشی به طور مطلق وجود ندارد و در سیستم دادرسی تفتیشی، به طور کلی در تمامی موارد، رسیدگی پژوهشی امکان پذیر است.

منابع و مأخذ

۱. آخوندی، محمود، آیین دادرسی کیفری، انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، جلد اول، چاپ سوم، تهران، ۱۳۶۸.
۲. آشوری، محمد، آیین دادرسی کیفری، انتشارات سمت، جلد اول، چاپ دوازدهم، تهران، ۱۳۸۶.
۳. استفانی، گاستون و ...، آیین دادرسی کیفری، ترجمه حسن دادبان، انتشارات دانشگاه علامه طباطبائی، جلد اول، چاپ اول، تهران، ۱۳۷۷.
۴. سنگلجی، محمد، قضاء در اسلام، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ اول، تهران، ۱۳۴۷.

۵. کاتوزیان، ناصر، مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، شرکت سهامی انتشار، چاپ چهل و پنجم، تهران، ۱۳۸۴.
۶. کاسسه، آنتونیو، حقوق بین المللی کیفری، ترجمه حسین پیران، انتشارات جنگل، چاپ اول، تهران، ۱۳۸۷.
۷. گلدوست جویباری، رجب، کلیات آیین دادرسی کیفری، انتشارات جنگل، چاپ پنجم، تهران، ۱۳۸۹.
۸. لارگیه، ژان، آیین دادرسی کیفری فرانسه، ترجمه حسن کاشفی اسماعیل زاده، انتشارات گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۷۸.
۹. محمصانی، صبحی، فلسفه قانونگذاری در اسلام، ترجمه اسماعیل گلستانی، انتشارات امیرکبیر، تهران، ۱۳۵۷.
۱۰. هاشمی شاهرودی، سید محمود، پژوهش های نو در فقه معاصر، انتشارات وزارت دادگستری، جلد اول، چاپ اول، تهران، ۱۳۸۷.
11. Bouzat, P, et Pinatel, J, Traite' de Droit Pen'al et de Criminology, Paris, 1970.
12. Damaska, M, R, The Faces Of Justice and State Authority- Acomporative Approach to the Legal Process, Idem, Models of Criminal Procedural, 51 Zbornik, Collected Papers of Zagreb Law School, 2001.

الموجز

تعريب: وسام الخطاوي

المعاطاة وأثرها المعاملي

آية الله السيد كاظم الحسيني الحائري

يبحث في هذه المقالة - بعد بيان كون المعاطاة عقداً عقلائياً وإن مبرزه الفعل - ابتداءً عن ادلة صحة المعاطات وادلة البطلان، ثم عن نقد الادلة اللفظية لكلا الطرفين، استناداً للسيرة العقلائية المتصلة بزمان المعصوم، وعدم ردعها على صحة المعاطات والأثر المعاملي.

وكذلك استدلل في الفصل الأخير - استناداً لأدلة لزوم عقد البيع - على لزوم المعاطات ايضاً.

الكلمات المفتاحية: المعاطات، العقد، السيرة العقلائية، اللزوم.

٣٣١

٣٣١

مقال في عقلانية القصاص

رسول مزروعى

سعت هذه المقالة للدفاع العقلي والعقلاني عن (حق القصاص)، وفي الابتداء أشار إلى تاريخ (المقابلة بالمثل) في الأديان والمعتقدات الأخرى .

ثم ذكر أنّ (حقّ القصاص) مع حكم الإعدام في القتل يمتاز بعدة فوارق أساسية وماهوية كبيرة، وأن الذين تخيلوا أنّ الإعدام والقصاص شيء واحد ولا تفاوت بينهما قد وقعوا في شبهات واهية في هذا الحق الكبير الانساني (حق القصاص = حق الحيات). وقد طرحت في هذه المقالة - أهمّ الادعاءات والحملات على حق القصاص وقد أجاب عليها . ثم صور جمالية وحكمة هذا الأمر الحياتي (حق القصاص) .

وأوضح خصائص هذا الحق (القصاص) التي هي خصائص من العدالة والرحمة، ومن جعلتها حفظ الحيات المادية للشخص والأمة، والصيانة من الكرامة والحقوق المعنوية للإنسان والمجتمع، وقضية العدالة، والعفو والرحمة، والردع القوي في هذا الحق .

ثم ذكر موضحاً في هذا البحث في قسمين منفصلين مقايضة الإعدام والقصاص والحبس والقصاص، والإضرار الشديدة وغير العادلة للحبس والإعدام في الحقوق العرفية .

وأوضح في هذا القسم مجازات الحبس والتي كانت محط توصيات نظر دنيا الغرب التي انجرت إلى اشكاليات عديدة ومنها الإضرار الظالمة وغير الانسانية ومن جعلتها كون مجازات الحبس غير شخصية، وتحميل الظالمات غير الرحيمة، والتحقيرات والتأثيرات السلبية الكثيرة - الروحية والأخلاقية والمادية - لهذه المجازات الكبيرة (الحبس) على عائلة المحبوسين، وخطورته على المجتمع الانساني، والتحقير الشديد والعذاب الروحي وأحياناً الجسدي للمحبوسين، وعمومية التنظيمات الجنائية، وعدم الاعتناء لحقّ المذنبين وعوائلهم .

الكلمات المفتاحية: حق القصاص، المقابلة بالمثل، الإعدام، الحبس، الحقوق العرفية، العفو، الحيات .

مجازات القاء الأسيد

حسين علي باي

قد وقع الاختلاف بين الحقوقيين في إلقاء الأسيد الذي هو من جملة الجرائم الصعبة وغير الانسانية بالنسبة لمرتكبها .

واتضح في هذا البحث أنّ إلقاء الأسيد مطابقاً مع فتوى الفقهاء ومقررات المجازات الإسلامية المصوّبة (١٣٩٢) عند توفر الشروط يحكم عليه بحسب المورد بقصاص النفس أو العضو .

مضافاً إلى ذلك إذا كان مرتكب ذلك العمل موجب لعدم الأمن ولإيجاد الرعب والاضطراب العام فيثبت في حقه مجازات حدّ المحارب .

وكذلك إذا كان مرتكب هذا العمل صدر منه عدّة دفعات فيصدق عليه مجازات الافساد في الأرض وتطبق في حقه الشرائط اللازمة .

مضافاً إلى أنّه لو كان المجرم يصدق عليه (المحاربة أو الإفساد في الأرض) فهو مسؤول عن دفع الدية .

الكلمات المفتاحية: الأسيد، قصاص العضو، المحاربة، الإفساد في الأرض، الدية، مصارف الادوية .

المباني الفقهية لمجازات تكرار الجرم في الجرائم المستوجبة للحد

حجت الله الفتحي

تكرار الجرم من وجهة نظر شريعة الإسلام والحقوق الموضوعية موجب لتشديد
الجزاء .

وقد تمّ البحث في هذه المقالة - مضافاً إلى عرض مجازات تكرار الجرم في
الجرائم المستوجبة للحد في قانون المجازات الإسلامية (١٣٧٠) وتفاوتها مع قانون
المجازات الإسلامية (١٣٩٢) - عن أنظار الفقهاء بالنسبة إلى تكرار الجرائم المستوجبة
للحد وبحث المباني الفقهية .

الكلمات المفتاحية: تكرار الجرم، الحد، المجازات، قانون المجازات الإسلامي .

فقه

٣٣٤

السنة ١٩، العدد ٧٥٧٦

مقايسة تحليلية بين منهجي اجتهاد متفاوت

مهدي برزكر

٣٣٥

٣٣٥

اشتهر بين كثير من أهل العلم أنّ المنهج الاجتهادي للشيخ الانصاري رحمه الله أنّما هو
تكميل وامتداد لمنهج الشيخ الوحيد البهبهاني رحمه الله ، وقد تصدّى الباحث تفصيلاً
للفوارق المنهجية والمشاركات الأساسية بين هذين الفقيهين الكبيرين .
واثبت أنّ هناك بُعداً وفرقاً كبيراً بين منهجي الشيخ الانصاري والشيخ الوحيد
البهبهاني ، بحيث إنّ كثيراً من الفروع الاجتهادية التي اشترطها الشيخ الوحيد البهبهاني
لا نراها عند الشيخ الانصاري فقد سارت إلى اتجاه آخر .
الكلمات المفتاحية: الوحيد البهبهاني ، الشيخ الانصاري ، مدرسة النجف الأشرف ،
مدرسة قم المقدسة ، المنهج الاجتهادي ، تورّم علم الاصول .

أهداف وإجراء الحدود والتعزيرات في كلام الفقهاء وطريقة حلّ تلاقيها

علي غلامي

حسين آقائي المبيدي

هذه المقالة بصدد تبين الفوارق بين الحدود والتعزيرات، من جهة أهداف المجازات، ومن هذه الجهة أوضح أنّه كيف تؤخذ هذه الأهداف في تعيين نوع وكيفية هذه المجازات. وسؤال هذا التحقيق: هو أنّه لو كان في مقام صيرورة الأهداف المتعددة في تعيين المجازات، من قبيل الروادع الجمعي والفردى، الجزاء، الإصلاح والتربية وغيرها، أنّه لم يمكن الجمع بين هذه الأهداف بصورة كاملة، واتباع بعض الأهداف ينجر للغضّ عن الأهداف الأخرى، فما هو التكليف؟

وما توصل إليه في هذا البحث: ان هناك اختلافاً بين الأهداف الأصلية والفرعية والمتوسطة في الحدود والتعزيرات، وتتفاوت وتختلف طرق حل تعارضها، فقد كان الهدف الأصلي في الحدود هو إجرائها الكامل، وبنفس صدور الحكم من الشارع؛ لأجل حفظ القيم في إجراء الحد، وتعيين الأهداف الفرعية والمتوسطة بصورة كاملة كان على عهدة الشارع، ويمنع اجتهاد القاضي في هذا الباب بصورة مطلقة، ولكن الهدف الأصلي في التعزيرات هو قلع مادة الجرم من طريق الردع والارعاب الفردى، وأهداف أخرى مثل الردع العام والجزاء، لا موقعية لها في تعيين وكيفية المجازات، أو أنّها تكون أهدافاً فرعية.

الكلمات المفتاحية: أهداف المجازات، الحدود، التعزيرات، التلاقي.

تشخيص موضوع الحرز في السرقة من ناحية أ نظار فقهاء الإمامية

السيد مجتبی حسین نجاد

٣٣٧

أحد شرائط السرقة الموجبة للحد هو كون السرقة من الحرز، وقد اجمع الفقهاء على إرجاع مفهوم الحرز إلى العرف، ولكن وقع الاختلاف الشديد فيما بينهم في تحصيل مفهوم الحرز من العرف.

و توصل الباحث - بعد تحليل الأقوال وأدلة الفقهاء -: أن كل مكان صدق عليه من الجهة العرفية بأنه موضع حصين فهو حرز. نعم هذا الفهم العرفي مبهم في كثير من الموارد؛ لأجل الاختلاف العرفي، فمن هذه الجهة نستطيع القول: بأن تحصيل مفهوم مناسب وخالٍ من كل شك وشبهة في باب الحرز مع رعاية القيود الحدية عمل صعب بل مستعسر، ولكن الشبهة المفهومية والمخصص المنفصل ودوران الأمر بين الأقل والأكثر أخرج عموم آية السرقة وتمسك بمقتضى قاعدة الدرء، وفي النتيجة لا يمكن إجراء حد القطع.

الكلمات المفتاحية: الحرز، العرف، الشبهة المفهومية، المخصص المنفصل، قاعدة الدرء.

الآثار الفقهية للشيعة في عصر حضور المعصومين عليهم السلام

مسعود الإمامي

تصدّت هذه المقالة إلى عرض أول وأكثر الآثار الفقهية الشيعية قبل عصر الغيبة وهي الآثار الروائية، وأهمّ هذه الآثار ما اشتهر بالأصول الأربعمئة، وفي عين الحال قد تصدّى العلماء أمثال يونس بن عبد الرحمن وفضل بن شاذان - رحمهما الله - في تلك الحقبة بتأليف الآثار المستقلة الفقهية وغير الروائية، مضافاً إلى ذلك نظرات واجتهادات العلماء من أصحاب الأئمة عليهم السلام ذيل بعض الروايات في شرح وتفسير أخبارهم، وحلّ اختلاف الأخبار، وتوضيح القواعد الفقهية المستنبطة من الروايات، كل ذلك نماذج واضحة من تشكيل الآثار الفقهية غير الروائية في ذلك العصر. الكلمات المفتاحية: الأصل، المصنف، أصول الأربعمئة، رواية المضمر، رواية الموقوفة، يونس بن عبد الرحمن، فضل بن شاذان.

فقه

٣٣٨

السنة ١٩، العدد ٧٥٧٦

مطالعة تطبيقية بين أنظار حقوقي أوروبا مع انظار حقوقي الإسلام

علي قرباني

جعفر الموحدي

٣٣٩

تكون النظرة في الفكر الأوربي مع النظرة المادية للعالم فلسفية مبتنية على محورية الفرد والمحورية الجمعية، كذلك النظرة الحقوقية مبتنية على نوعين من المدارس الحقوقية والنظام القضائي .

يقون احدهما على محورية الفرد ويسمى بالمدرسة الفردية - الطبيعية والنظام القضائي فيه إتهامي .

وثانيهما على المحورية الجمعية ويسمى بالمدرسة التحقيقي - الاجتماعي ونظامه القضائي تفتيشي (تجسسي) - وفي التفكير الإسلامي مع النظرة التوحيدية والفلسفة الإلهية يمكن أن تكون النظرة الحقوقية - المدرسة الحقوقية والنظام القضائي - متناسبة معه ، ويذكر بعنوان المدرسة الحقوقية الإلهية - الفطرية والنظام القضائي الإسلامي .
الكلمات المفتاحية : الحقوق الإسلامية ، الحقوق الأوربية ، النظام الجنائي ، المدرسة الفردية - الطبيعية ، المدرسة التحقيقية - الاجتماعية ، مدرسة الحقوق الإلهية - الفطرية .

Fiqh - e - Ahl - e - Bait

Proprietor and Director:

Ayatollah Sayed Mahmood Hashemi Shahroodi

Editorial Director:

Abd Al - Reza Izad Panah

Editorial Board:

Abd-Al-Reza Izad Panah, Sayed Mortaza Taghavi,

Mohammad Rahmani, Sayed Abbas Salehi,

Ahmad Moballeghi, Reza Mokhtari,

Mohammad Hasan Najafi

Address:

P.O. Box 37183 - 559

Qom - Iran

Tel: + 98 25 37739999

Fax: + 98 25 37744963